Die rechtliche Stellung der Gesellschafter in der Liquidation der offenen Handelsgesellschaft

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung des Doktorgrades

einer Hohen Rechts- und

Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät

(Rechtswissenschaftliche Abteilung)

der

Eberhard-Karls-Universität

zu Tübingen

vorgelegt von

Otmar Gutekunst

aus Nürtingen

1965

7992

Die rechtliche Stellung der Gesellschafter in der Liquidation der offenen Handelsgesellschaft

Inaugural - Dissertation
zur Erlangung des Doktorgrades einer
Hohen Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
(Rechtswissenschaftliche Abteilung)
der Eberhard-Karls-Universität zu Tübingen

vorgelegt von
Otmar Gutekunst
aus Nürtingen

1965

Dekan :	Professor Dr. Ferdinand Elsener
1. Berichterstatter:	Professor Dr. Ludwig Raiser
2. Berichterstatter:	Professor Dr. Ernst Steindorff
Tag der mündlichen Prüfung:	26. Februar 1965

R. UNIV. BIBLIOTHEEK LEIDEN

Inhaltsübersicht

Einführung:

Die OHG im Stadium der Liquidation. S. 7

1. Die offene Handelsgesellschaft. S. 7
2. Die Liquidation. S. 7
3. Die werbende Gesellschaft und die Liquidationsgesellschaft. S. 10
4. Die Gesellschaft nach dem Eintritt der Liquidation. S. 12
5. Die Wirkung des Gesellschaftsvertrages im Stadium der Liquidation der Gesellschaft. S. 14

I. Hauptteil:

Die Beziehungen der Gesellschafter zueinander und zu den Liquidationsbeteiligten. S. 17

A. Die Beziehungen der Gesellschafter zueinander. S. 17

1. Allgemein. S. 17
2. Das allgemeine personenrechtliche Element in der werbenden Gesellschaft. S. 19
3. Das allgemeine personenrechtliche Element in der Liquidationsgesellschaft. S. 23

B. Die Stellung der Gesellschafter zu den anderen Liquidationsbeteiligten. S. 24

1. Die Erben. S. 24
2. Der Testamentsvollstrecker und der Nachlaßverwalter. S. 28

3. Der Konkursverwalter. S. 30
4. Der kündigende Privatgläubiger. S. 31
5. Die an der Liquidation interessierten Dritten. S. 32

C. Der Gesellschafterwechsel im Stadium der Liquidation. S. 35

II. Hauptteil:

Die Gesellschafter und die Durchführung der Liquidation. S. 41

A. Die Beschlüsse der Gesellschafter in der Liquidation. S. 41

1. Das Verfahren bei der Beschlußfassung. S. 41
2. Die Geltung des Mehrheitsprinzips. S. 42
3. Die einzelnen Beschlüsse der Gesellschafter. S. 44

B. Die Gesellschafter als Liquidatoren. S. 49

1. Der Liquidator. S. 49
a. Die Pflicht zur Übernahme der Liquidatorenstellung. S. 56
b. Die Niederlegung des Liquidatorenamtes. S. 59
c. Die Vergütung der Liquidatoren. S. 61

2. Die Geschäftsführung für die Liquidationsgesellschaft. S. 62
Der Umfang der Geschäftsführungsbefugnis. S. 67
3. Die Vertretung der Liquidationsgesellschaft. S. 71
4. Die Liquidationsgesellschaft im Prozeß. S. 79

C. Die Stellung der Gesellschafter zu den Liquidatoren. S. 82

1. Die Überwachungs- und Informationsrechte. S. 82
2. Die Einflußnahme der Gesellschafter auf die Tätigkeit der Liquidatoren. S. 87
3. Die Haftung der Liquidatoren. S. 88
4. Die Abberufung der Liquidatoren. S. 92

D. Das Verfahren bei der Abwicklung der Gesellschaft. S. 96

1. Die Anmeldungen zum Handelsregister. S. 96
2. Die Abwicklung der Geschäfte. S. 97
3. Die Pflicht zur Buchführung und Erstellung von Bilanzen. S. 100

III. Hauptteil:

Die Stellung der Gesellschafter zu der Liquidationsgesellschaft. S. 104

A. Rechte und Pflichten aus dem Gesellschaftsverhältnis. S. 104

1. Die Gewinnverteilung. S. 104
2. Der Ersatz von Aufwendungen und Verlusten. S. 109
3. Die Rückgabe von Mietgegenständen. S. 112
4. Der Anspruch auf das Auseinandersetzungsguthaben. S. 113
5. Die Beitragspflicht. S. 116
6. Sonstige Ansprüche der Gesellschaft. S. 117
7. Das Konkurrenzverbot. S. 118

B. Vom Gesellschaftsverhältnis unabhängige Rechte und Pflichten der Gesellschafter. S. 119

IV. Hauptteil:

Die Nachwirkungen des Gesellschaftsverhältnisses. S. 122

A. Die Ausgleichung unter den Gesellschaftern. S. 122

B. Die Regreßansprüche der Gesellschafter. S. 123

C. Die Aufbewahrungspflicht für die Geschäftsbücher. S. 126

D. Die Fortsetzung der Liquidation. S. 127

Schlußbetrachtung. S. 128

Verzeichnis der zu der Arbeit benützten Literatur.

1. Lehrbücher

Behrend, J. Fr.; Lehrbuch des Handelsrechts, I. Band, Abt. 1; 1899

Brand, Artur; Lehrbuch des Handelsrechts, 1911, Berlin;

Cosack, W.; Lehrbuch des Handelrechts, 12. Auflage, 1930, Stuttgart;

Enneccerus-Lehmann; Recht der Schuldverhältnisse, 1954;

Enneccerus-Kipp-Wolff; Erbrecht, 11. Bearbeitung durch Coing, 1960;

v. Gierke, Julius; Handels- und Schiffahrtsrecht, 6. Auflage, 1954, Berlin;

v. Gierke, Otto; Das deutsche Privatrecht, Band I, Berlin, 1905;

Haupt, Günter; Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., bearbeitet von P. Reinhardt, 1952;

Hueck, Alfred; Das Recht der offenen Handelsgesellschaft, 3. Auflage, Berlin 1964;

Lehmann, Karl; Lehrbuch des Handelsrechts, 3. Aufl., bearbeitet von Hoeniger, 1921, Berlin-Leipzig;

Müller-Erzbach, Rudolf; Deutsches Handelsrecht, 2. u. 3. Auflage, 1928, Tübingen;

Renaud, K.; Recht der Kommanditgesellschaft, 1881;

Wieland, Karl; Handelsrecht, 1. Band, 1921;

2. Kommentare.

Anschütz-v. Völderndorf; Komm. zum Allg. deutschen Handelsgesetzbuch, 1870, Erlangen;

Baumbach-Duden; Handelsgesetzbuch, 13. Aufl., 1959, Berlin;

Böhle-Stamschräder; Konkursordnung, 6. Aufl., 1961;

Düringer-Hachenberg; Das Handelsgesetzbuch, Band II 1. Hälfte bearbeitet von Geiler, 2. Hälfte bearbeitet von Flechtheim, 3. Aufl., 1932, Mannheim;

Goldmann, Samuel; Handelsgesetzbuch, Band 1-3; Berlin;

Heymann-Kötter; Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 20. Auflage, 1950, Berlin;

Jaeger; Konkursordnung, 8. Auflage, 1958, Berlin;

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547609_0032

Einführung.

Die OHG im Stadium der Liquidation.

1. Die offene Handelsgesellschaft.

Für die vorliegende Arbeit ist es erforderlich, zunächst die Begriffe der offenen Handelsgesellschaft und der Liquidation zu klären.
Das Handelsgesetzbuch gibt in seinem § 105 die Begriffsbestimmung für die offene Handelsgesellschaft. Danach ist sie eine Gesellschaft, deren Zweck auf den Betrieb eines Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma gerichtet ist und bei der sämtliche Gesellschafter den Gläubigern unbeschränkt haften. Dieser Definition ist nichts hinzuzufügen. Einzelne strittige Fragen über die Rechtsnatur der OHG werden in der Arbeit an der Stelle behandelt, wo sie für die Abhandlung des Themas von Bedeutung sind.

2. Die Liquidation.

Der Begriff der Liquidation wird vom Handelsgesetzbuch nicht definiert; es bestimmt lediglich in seinem § 145, Abs. 1, daß nach der Auflösung der Gesellschaft die Liquidation stattfinde, sofern nicht eine andere Art der Auseinandersetzung von den Gesellschaftern vereinbart oder über das Vermögen der Gesellschaft der Konkurs eröffnet worden sei. Aus diesem Wortlaut ergibt sich, daß das Gesetz mit dem Begriff "Liquidation" etwas anderes bezeichnet als der kaufmännische Sprachgebrauch. Der Kaufmann versteht unter einer Liquidation ganz allgemein die Auflösung eines Erwerbsgeschäfts. Selbst der Konkurs einer Einzelfirma wird von ihm als eine Liquidation angesehen. Das Gesetz versteht dagegen unter "Liquidation" nur die Auflösung einer Gesellschaft nach den gesetzlichen Vorschriften. Kommen diese Vorschriften wegen einer abweichenden Vereinbarung oder durch den Eintritt des Konkurses

nicht zur Anwendung, so handelt es sich nicht mehr um eine "Liquidation" im Sinne des Gesetzes.

Das Reichsgericht (1) unterscheidet zwischen der "Liquidation der Gesellschaft" und der "Liquidation des Unternehmens, das Gegenstand der Gesellschaft ist". Das Gesetz kennt diese Unterscheidung nicht, es spricht in den entsprechenden Vorschriften (§§ 145, I, II, 146 HGB) nur von der "Liquidation", so daß die vom Reichsgericht gemachte Unterscheidung weder durch den Wortlaut, noch durch den Sinn des Gesetzes gerechtfertigt ist. Im folgenden wird der Begriff der Liquidation nur im Sinne der gesetzlichen Ausdrucksweise verwandt.

Der Begriff der Liquidation hat eine doppelte Bedeutung. Zunächst versteht man darunter die Zusammenfassung aller Handlungen, durch die der Gewerbebetrieb abgebaut wird und die auf die Beendigung der Gesellschaft gerichtet sind. Es ist dies das "Unternehmen", wie es durch die Liquidatoren weiter betrieben wird. Dieses "Unternehmen" ist aber nicht Gegenstand des Gesellschaftsrechts. Außerdem fällt unter den Begriff der Liquidation auch der Rechtszustand, in den die Gesellschaft mit der Auflösung eintritt.
Dieser Doppelsinn des Begriffes "Liquidation" erfordert es, daß streng unterschieden wird zwischen dem Rechtszustand der Gesellschaft nach der Auflösung und den daraus folgenden Auswirkungen für die Gesellschafter (2). Während vor dem Eintritt der Liquidation die Gesellschaft entsprechend dem von ihr verfolgten Erwerbszweck einen möglichst hohen Gewinn erzielen soll, wird dieser Zweck mit der Auflösung auf die Geschäftsabwicklung und die Lösung des gesellschaftlichen Bandes beschränkt. Der Eintritt der Gesellschaft in das Stadium der Liquidation bewirkt, daß das Gesellschaftsunternehmen nach den gesetzlichen Vorschriften abgebaut wird. Dies geschieht durch die Beendigung der laufenden Geschäfte, die Verwandlung des Gesellschaftsvermögens in eine Geldsumme,

---

(1) In Band 123, Seite 155 unter Hinweis auf Düringer-Hachenburg a. a. O., Vorbem. zu § 145, Anm. 1;

(2) So auch Wieland, a. a. O., § 62, 4, S. 692.

sowie die Verteilung dieses Liquidationserlöses unter die Gesellschafter.

Entgegen der früheren Lehre (1) muß auch die Verteilung des Liquidationserlöses als zur Liquidation gehörend angesehen werden. Diese hielt die Liquidation mit der Errichtung der Liquidationsschlußbilanz für beendet. Sie stützte ihre Ansicht auf den Wortlaut des § 145 HGB, der bestimmt, daß die Liquidatoren bei der Beendigung der Liquidation die Schlußbilanz zu erstellen haben. Daraus wurde gefolgert, daß mit der Errichtung der Schlußbilanz die Liquidation beendet sei und die Verteilung des Liquidationserlöses nach § 155 HGB in einem der Liquidation folgenden, von ihr aber getrennten Verfahren erfolgen müsse. Diese Ansicht wird jedoch heute allgemein abgelehnt. Es besteht Übereinstimmung, daß § 154 HGB in seinem Wortlaut insofern falsch gefaßt ist, als er mit der Erstellung der Schlußbilanz die Liquidation für beendet ansieht. (2) Dies muß zunächst schon aus dem Wortlaut des § 155 HGB gefolgert werden, wonach die Liquidatoren das Gesellschaftsvermögen auf die Gesellschafter zu verteilen haben. Außerdem folgt dies daraus, daß im Zeitpunkt der Errichtung der Liquidationsschlußbilanz der Liquidationserlös noch als Gesellschaftsvermögen vorhanden ist und den Gesellschaftern in gesamthänderischer Verbundenheit zusteht. Da das Ziel der Liquidation aber die Lösung des Gesellschaftsvermögens aus der Gesamthandsbindung ist, kann diese nicht beendet werden, solange noch Gesellschaftsvermögen vorhanden ist. (3)
Daneben muß die Verteilung des Liquidationserlöses auch rein wirtschaftlich als letzter Akt der Liquidation angesehen werden, da erst mit dieser Verteilung die Existenz der Gesellschaft als Wirtschaftsfaktor beendet ist (4).

---

(1) Francken, a. a. O., S. 23; Renaud a. a. O., S. 124;
(2) so Hueck, OHG, § 32, VI, 3, S. 379; VIII, 1, S. 389; Düringer-Hachenburg-Flechtheim, a.a.O. § 158, Anm. 7; Staub-Pinner, a.a.O. § 145, Anm. 2; Baumbach-Duden, a.a.O. § 154, Anm. 2, B; RG in JW 1926, S. 1432;
(3) Hueck, OHG, § 32, VI, 3, S. 379; Weipert, § 154, A.8;
(4) Peters, a. a. O., S. 8.

3. Die werbende Gesellschaft und die Liquidationsgesellschaft.

Aus dem Wesen der Liquidation ergibt sich, daß mit der Auflösung die erwerbende Tätigkeit der Gesellschaft beendet und der Zweck der Gesellschaft auf den schnellen und möglichst günstigen Abbau der Gesellschaft beschränkt wird.

Der Eintritt der Liquidation führt jedoch nicht das Ende der OHG herbei. Nach der Ansicht der heute übereinstimmenden Lehre und Rechtsprechung (1) bleibt die Gesellschaft nach der Auflösung in ihrer Identität erhalten. Der Personenverband und dessen gesamthänderische Verbundenheit bezüglich des Gesellschaftsvermögens besteht in der Liquidation fort. Durch die Auflösung wird in erster Linie der Zweck der Gesellschaft geändert. Für die Identität der Liquidationsgesellschaft mit der werbenden OHG spricht insbesondere der Wortlaut des § 156 HGB. Danach sind grundsätzlich die Vorschriften über die werbende Gesellschaft auch in der Liquidation auf das Verhältnis zwischen den Gesellschaftern und der Gesellschaft zu Dritten anzuwenden.

Diese sogenannte Identitätstheorie hat sich jedoch erst langsam entwickelt. Die ältere Literatur und Rechtsprechung waren durch das Pandektenrecht im römisch-rechtlichen Denken befangen, und so wurde angenommen, daß die Gesellschaft wie im römischen Recht mit der Auflösung erlösche. Die Liquidationsgesellschaft wurde als ein von der werbenden Gesellschaft unabhängiges Gebilde angesehen.

---

(1) Hueck OHG, § 32 I S. 355, Düringer-Hachenburg-Flechtheim a. a. O., § 156 Anm. 1; Staub-Pinner a. a. O. § 145 Anm. 3; Baumbach-Duden a. a. O. § 145, Anm. 1; D; Heymann-Kötter a. a. O. § 156 Anm. 3; Cosack a. a. O. S. 52; Haupt a. a. O. § 18, III, S. 86, Müller-Erzbach, a. a. O., Kap. 45 B S. 220; Enneccerus-Lehmann a. a. O. § 181 S. 730; RG 18, S. 132; 74, S. 62, 155, S. 85 in ständiger Rechtsprechung.

Über das Zustandekommen der Liquidationsgesellschaft gingen jedoch die Ansichten auseinander.
Das Reichsoberhandelsgericht (1) sowie das Reichsgericht in früheren Entscheidungen wollten die Liquidationsgesellschaft durch eine Fiktion zustande kommen lassen (2). Diese Fiktionstheorie fand ihren Niederschlag im Entwurf des Handelsgesetzbuches für die preussischen Staaten (Bd. II, S. 70; Berlin 1837). Behrend wandte sich als erster gegen diese Fiktionstheorie und vertrat die Ansicht, daß die Liquidationsgesellschaft durch einen von den Gesellschaftern neu abzuschließenden Vertrag, dessen Abschluß erzwingbar sei, zustandekomme (3). Diese Zwangsvertragstheorie stößt jedoch auf Schwierigkeiten, wenn zwischen der Auflösung der Gesellschaft und der Errichtung der Liquidationsgesellschaft ein längerer Zeitraum liegt. Diese Schwierigkeit suchte Francken (4) dadurch zu umgehen, daß er schon im Errichtungsvertrag der offenen Handelsgesellschaft stillschweigend den Abschluß eines Vertrages zur Weiterführung der Gesellschaft als Liquidationsgesellschaft sah (Präsumtivvertragstheorie).
In Abweichung von diesen Theorien, die auf dem römischen Recht fussen, entwickelte Otto v. Gierke (5) aus dem deutschen Gesamthandsbegriff die sogenannte Sukzessionstheorie. Danach ist die Liquidationsgesellschaft kein von der werbenden Gesellschaft unabhängiges Gebilde. Durch den Eintritt der Liquidation wird die gesellschaftliche Verbundenheit der Mitglieder nicht völlig aufgehoben. Zwar wird das personenrechtliche Band der Gesellschafter zerschnitten, aber eine Interessengemeinschaft bezüglich des gemeinsamen Vermögens soll bestehen bleiben. Diese Gemeinschaft soll den Charakter der gesamten Hand behalten.

---

(1) ROHG Bd 23, S. 144; 22, S. 328; 19, S.163; 16, S. 286;
(2) RGZ 13, S. 224; 28, S. 132; diese Ansicht wurde auch in der Literatur vertreten, so Anschütz-v.Völderndorff, a.a.O. II, Art. 133, Nr. 1, S. 294; Goldmann a.a.O. § 156, Nr. 2
(3) a.a.O., Bd. I, Abt. 1, § 81, S. 567; ebenso Noeldeke, a.a.O S. 89
(4) a. a. O. S. 27, 28, 142;
(5) Gen. th. S. 834; Kap. V, S. 883 ff; D.Pr.R. I, S. 572, Keyssner in ZHR 16, S. 325 ROHG 10, S. 357.

Aus dieser Sukzessionstheorie wurde in logischer Fortentwicklung die heute herrschende Identitätstheorie geschaffen, indem man auch das personenrechtliche Band als fortbestehend ansah.

4. Die Gesellschaft nach dem Eintritt der Liquidation.

Nachdem mit der Auflösung der OHG deren Erwerbszweck weggefallen ist, könnte es fraglich sein, ob die Liquidationsgesellschaft eine Handelsgesellschaft bleibt und ob die Gesellschafter für die Zeit der Abwicklung ihre Kaufmannseigenschaft behalten. Dies ist insbesondere für den Geschäftsverkehr von Bedeutung, da sonst die Geschäfte der Liquidationsgesellschaft keine Handelsgeschäfte im Sinne der §§ 343 ff HGB wären. Damit würden diese nicht mehr den strengeren Vorschriften des HGB unterliegen, sondern wären nach den allgemeinen Vorschriften des BGB zu behandeln. Außerdem würde mit der Kaufmannseigenschaft der Gesellschafter auch deren Pflicht, Handelsbücher zu führen und Jahresbilanzen zu erstellen (§ 38 ff HGB), wegfallen. Schon aus den angeführten Folgen ergibt sich, daß es in der Praxis zu unmöglichen Ergebnissen führen würde, wenn die Liquidationsgesellschaft nicht als Handelsgesellschaft behandelt werden könnte.
Die Kaufmannseigenschaft der Liquidationsgesellschaft ergibt sich daneben mittelbar aus den Vorschriften des Gesetzes. Die §§ 143, 157 bestimmen, daß die Auflösung der OHG und das Erlöschen der Firma in das Handelsregister einzutragen ist. § 148 HGB verlangt die Eintragung der Liquidatoren in das Handelsregister. Diese Vorschriften setzen voraus, daß die Liquidationsgesellschaft die Kaufmannseigenschaft hat, denn sonst könnte nach der Auflösung der Gesellschaft diese im Handelsregister nur noch gelöscht werden. Alle anderen Eintragungen setzen voraus, daß die Gesellschaft Kaufmann im Sinne des Gesetzes ist.
Die Geschäfte der Liquidationsgesellschaft sind zwar normalerweise keine eigentlichen Handelsgeschäfte mehr, da sie nicht zu Erwerbszwecken abgeschlossen werden.

Denn, wie schon ausgeführt, sind die Liquidationsgeschäfte auf den Abwicklungszweck der Gesellschaft beschränkt. Diese Abwicklungsgeschäfte muß man aber als die letzten Akte der Erwerbstätigkeit betrachten und sie deshalb mit der herrschenden Lehre und Rechtsprechung als Handelsgeschäfte ansehen (1).

Anderer Ansicht ist Staub (2), der dem Wegfall des Erwerbszweckes nach der Auflösung so wesentliches Gewicht beimißt, daß danach keine Handelsgeschäfte mehr getätigt werden können und die Kaufmannseigenschaft der Gesellschafter erlösche. Dies ist jedoch aus den oben angeführten Erwägungen abzulehnen. Darüber hinaus verlangt die Rechtssicherheit, daß die Gesellschaft durch die Auflösung in ihrer Stellung nicht verändert wird.
Verschiedene ältere Autoren (3), die entgegen der heute durchaus herrschenden Lehre annahmen, daß die OHG rechtsfähig sei, wollen diese Rechtsfähigkeit der aufgelösten OHG beschränken. Dadurch sollte erreicht werden, daß die Tätigkeit der Gesellschaft sich auf den Abschluß von Abwicklungsgeschäften beschränkt. Heute wird jedoch allgemein angenommen, daß die OHG eine Gemeinschaft zur gesamten Hand, nicht aber juristische Person ist. Daraus ergibt sich, daß sie keine Rechtsfähigkeit besitzt. Ob die Gesellschaft Rechtsgeschäfte abschliessen kann, die über den Abwicklungszweck hinausgehen, ist deshalb eine Frage der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis der Liquidatoren sowie der Stellung der Gesellschafter in der Liquidation. Die Liquidatoren können zwar normalerweise nur solche Geschäfte mit Wirkung für und gegen die Gesellschaft abschliessen, die im Rahmen des Abwicklungszweckes liegen. Sind die Gesellschafter

---

(1) Düringer-Hachenburg-Flechtheim a.a.O. § 154 Anm. 2; Weipert a.a.O. § 131 Anm. 3; Hueck OHG, § 23,I,S. 246; ROHG 23, S. 144; RG 9, S. 14; 45, S. 324;
(2) In Staub-Pinner a.a.O. § 145 Anm. 3;
(3) O.V. Gierke, Gen.th.; S. 894; P.r. R. I, S. 519, 574,575; Kohler a.a. O. § 177 S. 404.

damit einverstanden, ist es möglich, auch Geschäfte wirksam abzuschliessen, die über den Liquidationszweck hinausgehen. Die Liquidatoren und die Gesellschafter können bei der Durchführung der Liquidation der OHG freier gestellt werden als die Abwickler einer Kapitalgesellschaft, weil die Gesellschafter auch während und nach der Liquidation unmittelbar und unbeschränkbar für alle Gesellschaftsschulden haften, während die Gläubiger einer Kapitalgesellschaft normalerweise ihre Befriedigung aus der Liquidationsmasse suchen müssen.

Da die OHG in der Liquidation Handelsgesellschaft bleibt, behält sie auch ihre Firma (1). Sie soll nach § 153 HGB im Verkehr als Liquidationsgesellschaft bezeichnet werden. Die Kennzeichnung ist dabei nicht vorgeschrieben. Üblich ist "in Liquidation", "in Liqu." oder "i. L.". Die Firma genießt auch weiterhin den Schutz des § 30 HGB.

5. Die Wirkung des Gesellschaftsvertrages im Stadium der Liquidation der Gesellschaft.

Im werbenden Zustand der OHG ist der Gesellschaftsvertrag die Grundlage für das Zusammenwirken der Gesellschafter. Der Gesellschaftsvertrag kann dabei grundsätzlich von der gesetzlichen Regelung des HGB abweichen. Dies ist möglich, da die Gesellschaftsgläubiger durch die persönliche Haftung eines jeden Gesellschafters gegen alle für sie nachteiligen Abmachungen im Gesellschaftsvertrag geschützt sind. Da die Struktur der OHG im Stadium der Liquidation erhalten bleibt, wird auch die unmittelbare und unbeschränkte Haftung der Gesellschafter für die Schulden der Gesellschaft nicht verändert (§ 156 mit § 128 HGB). Diese fortbestehende Sicherung der

---

(1) Hueck OHG, § 32, I, S. 355.

Gesellschaftsgläubiger ermöglicht es, daß die Gesellschafter mit der Zustimmung der anderen Liquidationsbeteiligten bei der Durchführung der Liquidation beliebig von den Vorschriften des HGB (§§ 145 ff.) abweichen.

Daraus ergibt sich, daß die Geltung des Gesellschaftsvertrages durch den Eintritt der Liquidation nicht berührt wird. Dieser bleibt auch während der Abwicklung die Grundnorm für die Beziehungen der Gesellschafter. So kann der Gesellschaftsvertrag der OHG auch von vornherein Bestimmungen über die Durchführung der Liquidation enthalten (1). An diese bleiben die Gesellschafter wegen der von ihnen beim Abschluß des Vertrages dazu gegebenen Zustimmung gebunden.

Aber auch die anderen Liquidationsbeteiligten, der Erbe, der Konkursverwalter und der kündigende Gesellschaftergläubiger, sind an den Gesellschaftsvertrag gebunden. Sie müssen den Gesellschaftsvertrag, wie er bei ihrem Hinzutritt zu den Liquidationsbeteiligten bestand, gegen sich gelten lassen und haben keinen Anspruch auf die Durchführung der Liquidation nach den gesetzlichen Vorschriften. Dies gilt auch, wenn der Gesellschaftsvertrag für sie ausgesprochen nachteilige Wirkungen hat und sie bei der Wahrnehmung ihrer Interessen hindert (2).

Die ältere Literatur (3) wollte dagegen diesen Liquidationsbeteiligten ein Recht auf Durchführung der Abwicklung nach den gesetzlichen Vorschriften geben. Die von der gesetzlichen Regelung abweichenden Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages sollten ihnen gegenüber keine Wirksamkeit haben. Zur Stützung

---

(1) Hueck OHG; § 31, III, S. 348, Baumbach-Duden a.a.O. § 145 Anm. 1, B; KG in DR 1940, S. 806;
(2) Hueck OHG § 31, IV, 1, 2, S. 349, 350, Düringer-Hachenburg-Flechtheim, a.a.O. § 145 Anm. 16; Schlegelberger-Geßler a. a. O. § 145 Anm. 30; Weipert a. a. O. § 145, Anm. 30; Ritter a. a. O. § 145 Anm. 5; Baumbach-Duden a.a.O. § 145, Anm. 2, D;
(3) Brand a.a.O. § 145, Anm. 2, b; Goldmann a.a.O. § 145, 23; Lehmann-Ring a.a.O. § 145 Anm. 3; Makower, a.a.O. § 145 Anm. III, 3; Wieland a.a.O. S. 693.

dieser Ansicht wurde die Bestimmung des § 145, Abs. 2 HGB herangezogen, wonach die Liquidation nur mit der Zustimmung der Beteiligten unterbleiben darf. Dabei wurde jedoch übersehen, daß § 145 HGB zu der Frage der Geltung des Gesellschaftsvertrages gar keine Stellung nimmt. Er will lediglich die Liquidationsbeteiligten davor schützen, daß die Liquidation abgebrochen wird und sie deshalb ihren Anspruch auf das Auseinandersetzungsguthaben nicht geltend machen können.

Wollte man den Liquidationsbeteiligten ein Recht auf die Durchführung der Abwicklung nach den gesetzlichen Vorschriften geben, so würde dies ein unabhängiges Recht der Liquidationsbeteiligten voraussetzen. Das Gesetz gibt ihnen kein derartiges Recht. Die Liquidationsbeteiligten sind entweder selbst Gesellschafter und demnach durch den Gesellschaftsvertrag schon gebunden oder sie gelangen in diese Stellung, indem sie teilweise oder völlig in die Rechte eines Gesellschafters eintreten. Sie sind demnach, da keine gesetzlichen Vorschriften entgegen stehen, an die vor ihrem Hinzutreten vereinbarte Art und Weise der Abwicklung in gleicher Weise wie die Gesellschafter gebunden.

Dasselbe gilt für den Verteilungsmaßstab der auf den Liquidationserlös angewandt wird.

I. H a u p t t e i l :

Die Beziehungen der Gesellschafter zueinander und zu den Liquidationsbeteiligten.

A. Die Beziehungen der Gesellschafter zueinander.

1. Allgemein.

Wenn man die Stellung der in einer offenen Handelsgesellschaft vereinigten Gesellschafter zueinander bestimmen will, stößt man auf Schwierigkeiten. Das Gesetz gibt einzelne Vorschriften in den §§ 112 bis 120 HGB, die jedoch nicht lückenlos sind, so daß mit ihnen nicht alle Fragen des gesellschaftlichen Zusammenlebens gelöst werden können. Deshalb muß als Grundlage die Struktur der offenen Handelsgesellschaft untersucht werden, aus der sich die Vorschriften verstehen und ergänzen lassen.
Die Grundlage jeder Gesellschaft ist die vertragliche Einigung der Beteiligten (§ 705 BGB). Durch sie wird über die schuldrechtlichen Beziehungen hinaus unter den Gesellschaftern eine gesamthänderische Bindung bezüglich des zukünftigen Gesellschaftsvermögens herbeigeführt (§§ 105, II HGB, 719 BGB). Im Wesen der Gesamthand liegt es, daß der einzelne Gesellschafter nicht über seinen Anteil an dem so gebundenen Vermögen verfügen kann (§ 719 BGB). Über dieses Gesellschaftsvermögen kann vielmehr nur von allen Gesellschaftern gemeinschaftlich verfügt werden.
So hat der Gesellschafter der OHG solche Rechte, die er nur gemeinsam mit den übrigen Gesellschaftern ausüben kann und daneben andere, die ihm allein zustehen. Die Rechte, die den Gesellschaftern in ihrer Gemeinsphäre zustehen, beziehen sich zunächst auf die Substanz des Gesellschaftsvermögens mit den daraus fließenden Rechten und Pflichten. Das wichtigste Sonderrecht des Ge-

sellschafters in seiner Individualsphäre ist das Recht am Anteil des Gesellschaftsvermögens. Zu den Sonderrechten gehören auch die vielfältigen Rechte gegen die Mitgesellschafter, die sich aus dem Gesellschaftsverhältnis ergeben.
Diese Trennung der Rechte eines Gesellschafters in die der Individual- und die der Gemeinsphäre wird von der ganzen herrschenden Lehre und Rechtsprechung getroffen (1). Da die Struktur der OHG durch den Eintritt der Liquidation nicht verändert wird, können die Rechte der Gesellschafter auch im Liquidationsstadium der Gesellschaft in die der Individual- und der Gemeinsphäre getrennt werden.

Diese Unterscheidung wird auch der vorliegenden Arbeit zugrundegelegt. Ein Aufbau der Arbeit nach diesem Schema ist jedoch unzweckmäßig, da den meisten gesellschaftlichen Sonderrechten ein Recht der Gemeinsphäre entspricht und sich so Wiederholungen nicht vermeiden lassen würden. Es wird vielmehr der Schwerpunkt auf die Herausarbeitung der Rechte und Pflichten des einzelnen Gesellschafters in seiner Individualsphäre gelegt. Dies ergibt sich zwangsläufig aus dem Thema der Arbeit, außerdem wird für den Gesellschafter in der Liquidation das Hauptinteresse bei den ihm allein zustehenden Rechten liegen.

---

(1) O.v.Gierke, Gen.th., S.342 ff. ; Buchda, a.a.O., S.176; Haupt, a.a.O., §5,II,S.26; Hueck, OHG, §18, I,S.186.

2. Das allgemeine personenrechtliche Element in der werbenden Gesellschaft.

Die Beziehungen zwischen den Personen, die eine offene Handelsgesellschaft beginnen wollen, werden durch den Abschluß des Gesellschaftsvertrages begründet. Das BGB rechnet den Gesellschaftsvertrag zu den schuldrechtlichen Verträgen, was sich schon aus der Stellung der §§ 705 ff. BGB im Recht der Schuldverhältnisse ergibt. Wie aus § 705 zu entnehmen ist, sieht das BGB im Gesellschaftsvertrag einen gegenseitigen Vertrag im Sinne der §§ 320 ff. BGB. So sahen die Wissenschaftler des Pandektenrechtes den Gesellschaftsvertrag in Anlehnung an das römische Recht als rein schuldrechtlichen Vertrag. In den §§ 718 ff. BGB wird das Prinzip der gesamten Hand auf die Beziehungen der Gesellschafter zum Gesellschaftsvermögen angewandt. Dadurch erkennt das BGB an, daß ein Gemeinschaftsverhältnis zwischen den Gesellschaftern besteht, das über die rein schuldrechtlichen Bindungen hinausgeht.
Das Gesetz berücksichtigt aber die Wirkungen des Gemeinschaftsverhältnisses auf die ganzen Beziehungen der Gesellschafter untereinander wegen seines individualistischen Charakters zu wenig. Die Anwendung der allgemeinen Regeln über gegenseitige Verträge wird nicht eingeschränkt. Der Unterschied zwischen den rein schuldrechtlichen Verträgen und dem Gesellschaftsvertrag wird nicht genügend hervorgehoben.
Der rein schuldrechtliche Vertrag führt normalerweise zu Austauschleistungen, die allgemein bestimmbar und begrenzt sind. Der Abschluß des Gesellschaftsvertrages läßt dagegen eine Gemeinschaft entstehen, zu der sich die Gesellschafter verbinden, um ihre gleichgerichteten Interessen zu verfolgen. Die Gesellschafter bilden eine Vermögens-, Kredit- und Haftungsgemeinschaft, die in der Regel auch Arbeitsgemeinschaft ist. Diese engen Beziehungen erschöpfen sich nicht in von vornherein ge-

nau bemessenen Rechten und Pflichten, sondern durch die gemeinsamen Interessen entsteht eine persönliche Verbundenheit (1), die über die schuldrechtlichen Verpflichtungen hinaus zu größerer Rücksichtnahme zwingen kann.
Die Existenz dieses Gemeinschaftsverhältnisses steht jedoch nicht im Widerspruch zu der Tatsache, daß der Gesellschaftsvertrag zugleich schuldrechtlichen Charakter hat. Der Abschluß des Gesellschaftsvertrages schafft vielmehr zunächst ein Gemeinschaftsverhältnis unter den Gesellschaftern, in dem die schuldrechtlichen und sachenrechtlichen Verknüpfungen der Beteiligten enthalten sind (2). Deshalb können auf den Gesellschaftsvertrag grundsätzlich die Regeln des BGB über Schuldverhältnisse Anwendung finden. Doch kann das Gemeinschaftsverhältnis unter Umständen eine Abweichung von diesen Vorschriften verlangen (3).
Nach der herrschenden Auffassung (4), die auf deutschrechtlichen Gedanken fußt, liegt es im Wesen solcher Gemeinschaftsverhältnisse, daß der Treuegedanke die Grundnorm für die Beziehungen zwischen den Gesellschaftern bildet.
Schon jedes Schuldverhältnis steht unter dem Grundsatz von Treu und Glauben. Das Gesellschaftsverhältnis, in dem sogar die Persönlichkeitssphären der Gesellschafter verbunden sind, verlangt als Korrelat für diese engere Verbindung vom einzelnen Gesellschafter eine erhöhte Rücksichtnahme auf die Interessen der Mitgesellschafter. Eine Beschränkung des Gesellschafters ergibt sich schon aus

---

(1) BGH 28.11.55 in LM § 105; Hueck OHG §6,II,2 S.36; O.v.Gierke, Gen.th., S.436; D.Pr.R.,I, S.660 ff.; Düringer-Hachenburg-Geiler, a.a.O., Anm.90, c, S.112; Staudinger-Geiler, a.a.O., Vorb.22 u.40 vor §705; Weipert a.a.O., §105, Anm.31; Wieland, a.a.O., §44,1, S.534;
(2) So Staudinger-Geiler, BGB, Anm.19 vor §705, der von der Doppelstruktur der Gesellschaft spricht.
(3) Hueck OHG §6,II,2 S.37; Staudinger-Geiler, a.a,O,, Anm.19 vor §705; Esser, a.a.O., S.393;
(4) Düringer-Hachenburg-Geiler, a.a.O.,II,1, Anm.8; Staudinger-Geiler, a.a.O., §705, Anm.57; Weipert, a.a.O., §105, Anm.31; Hueck OHG §9, S.78.

der mit dem Abschluß des Gesellschaftsvertrages eingegangenen Verpflichtung, dem Gesellschaftszweck zu dienen (§ 705 BGB). Der Gesellschafter muß positiv die Interessen der Gesellschaft fördern und berücksichtigen, sowie negativ alles unterlassen, was dieser schaden könnte (1). Aus der Verbindung der Einzelinteressen der Gesellschafter durch den Abschluß des Gesellschaftsvertrages ergibt sich, daß der Gesellschafter mit der Förderung des Gesellschaftszweckes notwendigerweise auch den Interessen der Mitgesellschafter dient. Darüber hinaus entsteht für den Gesellschafter keine Fürsorgepflicht gegenüber den Mitgesellschaftern.

Bei der Abgrenzung der Verpflichtungen des Gesellschafters, die sich aus dem Treuegedanken ergeben, muß beachtet werden, daß die OHG von den Gesellschaftern in erster Linie in ihrem eigenen Interesse gegründet wurde. Deshalb kann nicht allgemein verlangt werden, daß dem Gesellschaftsinteresse immer der Vorrang vor dem Einzelinteresse des Geesllschafters gebührt, wie dies das Reichsgericht (2) fordert. Nach ihm muß der Gesellschafter den Gesellschaftszweck in der Weise fördern, daß er grundsätzlich seine eigenen Interessen hinter die der Gesellschaft stellt.
Es muß vielmehr unterschieden werden zwischen den Rechten, die der Gesellschafter in seinem eigenen Interesse und denen, die er im Gesellschaftsinteresse hat.Die Pflichten werden dem Gesellschafter immer im Gesellschaftsinteresse auferlegt, es ist nicht denkbar, daß er Pflichten der Gesellschaft gegenüber im eigenen Interesse hat. Bei der Geltendmachung von Rechten, die der Gesellschafter in seinem eigenen Interesse hat (z.B. Kündigungsrecht, Recht am Gesellschaftsgewinn), braucht er bei einer Kollision der Interessen sein Privatinteresse

---

(1) RG in JW 1935, S.1773;

(2) RG in LZ 1912, S.545.

nicht hinter das der Gesellschaft zu stellen. Dies gilt auch für das Verhalten des Gesellschafters außerhalb der Gesellschaftssphäre. Jedoch ist der Gesellschafter in diesen Fällen durch den Grundsatz von Treu und Glauben verpflichtet, nicht entgegen der Billigkeit das Gesellschaftsinteresse oder die Interessen der Mitgesellschafter zu schädigen (1).
Anders ist es aber bei den Rechten und Pflichten des Gesellschafters, die er im Gesellschaftsinteresse hat (Geschäftsführung, Einlagepflicht, Geheimhaltungspflicht). Übt der Gesellschafter diese Rechte aus oder kommt er seinen Verpflichtungen nach, so muß er bei einem Interessenwiderstreit den Gesellschaftsinteressen den Vorrang geben (2).

Ein Verstoß gegen die Treuepflicht ist eine Verletzung der Verpflichtungen, die sich aus dem Gesellschaftsvertrag ergeben. Die Folgen richten sich nach dem konkreten, pflichtwidrigen Verhalten. So wird z.B. eine gegen die Treuepflicht verstoßende Stimmabgabe bei der Abstimmung nicht berücksichtigt. Liegt ein Verschulden des Gesellschafters vor, so macht er sich schadensersatzpflichtig. Außerdem gibt das HGB den Gesellschaftern verschiedene Möglichkeiten, sich gegen derartige Vertragsverletzungen zu schützen. So kann der betreffende Mitgesellschafter von der Geschäftsführung abberufen werden (§117 HGB) oder bei schwerem Verschulden sogar nach § 140 HGB aus der Gesellschaft ausgeschlossen werden.

---

(1) RG, Bd.169,S.153; Hueck, Treue,S.82;
(2) Hueck,OHG,§13,I,3,S.141.

3. Das allgemeine personenrechtliche Element in der Liquidationsgesellschaft.

Schon aus der Tatsache, daß in der Liquidation die gesamthänderische Verbundenheit der Gesellschafter bezüglich des Gesellschaftsvermögens erhalten bleibt, ergibt sich, daß auch die personenrechtliche Verbundenheit der Gesellschafter fortbesteht (1).
Aber mit dem Eintritt der Auflösung hat sich der Gesellschaftszweck geändert, jetzt ist das Ziel der Gesellschaft nur noch die möglichst günstige Abwicklung. Mit der Änderung des Gesellschaftszweckes ändern sich auch die aus dem Gesellschaftsverhältnis für die Gesellschafter sich ergebenden Rechte und Pflichten. Davon werden die sich aus dem Treuegedanken ergebenden Verpflichtungen erfaßt, da diese in ihren einzelnen Auswirkungen vom Inhalt des Gesellschaftsverhältnisses geprägt werden. Der Treuegedanke ist der oberste für das Gesellschaftsverhältnis geltende Grundsatz, der sich in seinem Umfang aber nach dem Inhalt des Gesellschaftsverhältnisses richten muß (2).

Durch den Eintritt der Liquidation wird demnach die Interessengemeinschaft der Gesellschafter bezüglich des Gesellschaftsvermögens nicht aufgehoben. Es kann aber das beim Abschluß des Gesellschaftsvertrages notwendig vorhandene, gegenseitige Vertrauen in ein Mißtrauen verwandelt worden sein. In der werbenden Gesellschaft wird der einzelne Gesellschafter durch sein persönliches Gewinnstreben auch das Gesellschaftsvermögen vermehren und damit automatisch die Interessen der Mitgesellschafter fördern. Während der Abwicklung der Gesellschaft muß dagegen befürchtet werden, daß jeder Gesellschafter versucht, möglichst viel für sein persönliches Vermögen zu

---

(1) Staub-Pinner, a.a.O., §145, Anm.3 und die gesamte Lehre und Rechtsprechung; anderer Ansicht sind O.v.Gierke Gen.th., S.489; Franken, a.a.O., S.13, die entsprechend der von ihnen vertretenen Sukzessionstheorie ein Erlöschen der personenrechtlichen Verbundenheit annehmen.
(2) Hueck, OHG §23,I, S.245; Düringer-Hachenburg-Flechtheim, a.a.O., Vorbem.A,4, vor §145; Wieland, a.a.O., §59,I,1, S.668; Haupt, a.a.O., §17,II, S.63; RG in JW 1927, S.1090.

gewinnen. Dieses Streben steht in klarem Gegensatz zu den Interessen der Mitgesellschafter (1), so daß oft ein gegenseitiges Mißtrauen vorhanden sein wird. Dazuhin können sich an der Liquidation dritte Personen beteiligen, die den Gesellschaftern unbekannt sind. Schon aus den Auflösungsgründen des § 131 HGB ergibt sich, daß an der Liquidation die Erben eines Gesellschafters (131, Zff.4 HGB), der Konkursverwalter (§ 131, Zff. 5 HGB) und der Privatgläubiger eines Gesellschafters, der die Gesellschaft gekündigt hat (§ 131 Zff.6 mit § 135 HGB), teilnehmen können.
Das Handelsgesetzbuch berücksichtigt die Möglichkeit, daß die Gesellschafter gegenüber ihren Mitgesellschaftern mißtrauisch geworden sind, indem es in Abweichung von der Regelung bei der werbenden Gesellschaft dem Gesellschafter die Möglichkeit gibt, bei jedem Liquidationsgeschäft mitzuwirken. Davon wird im II. Hauptteil die Rede sein.

B. Die Stellung der Gesellschafter zu den anderen Liquidationsbeteiligten.

1. Die Erben.

Nach der Vorschrift des § 1922 BGB fällt das Vermögen des Erblassers als Ganzes in den Nachlaß und geht auf einen oder mehrere Erben über.
Zum ursprünglichen Vermögen des Erblassers gehört ohne Zweifel auch seine Beteiligung an einer OHG. Es könnte wegen der engen persönlichen Verbundenheit und der daraus folgenden höchst persönlichen Natur der Mitgliedschaft fraglich sein, ob die ganzen Rechte und Pflichten des Erblassers aus der Mitgliedschaft in den Nachlaß fallen und von den Erben wahrgenommen werden können. Dagegen spricht auch der Wortlaut des § 717 BGB, wonach Ansprüche aus dem Gesellschaftsverhältnis nicht übertrag-

---

(1) So auch Müller-Erzbach, a.a.O., Kap.38,II,2, S.194, der von einem Schwinden des Vertrauens spricht.

bar sind. Deshalb hatten das Reichsgericht (1) und Weipert (2) angenommen, die Erben könnten in der Liquidationsgesellschaft nur den vermögens-, nicht aber den personenrechtlichen Teil der Mitgliedschaft wahrnehmen, da nur dieser Teil in den Nachlaß falle. Das Reichsgericht gab dazu keine weitere Begründung, während Weipert ausführte, die Erben könnten kraft Erbrechtes nicht Vollmitglieder werden, dies sei nur möglich, wenn der Gesellschaftsvertrag eine entsprechende Regelung vorsehe (§ 139 HGB). Weipert will dem Erben jedoch ein Recht auf Mitwirkung bei den Beschlüssen der Liquidationsgesellschaft geben. Ein derartiges Recht kann aber nicht nur aus dem vermögensrechtlichen Teil der Mitgliedschaft hergeleitet werden, es ist vielmehr Ausfluß der personenrechtlichen Stellung. Schon daraus ergibt sich, daß die Trennung der Mitgliedschaft in einen personen- und vermögensrechtlichen Teil praktisch nicht durchführbar ist, da die Vermögensrechte eng mit den Gemeinschaftsrechten verknüpft sind. Ohne die personenrechtliche Seite der Mitgliedschaft könnte der Erbe keinen Einfluß auf die Durchführung der Abwicklung und die Ermittlung des Auseinandersetzungsguthabens nehmen. Deshalb wird auch überwiegend angenommen, daß der Erbe bei Auflösung der Gesellschaft durch den Tod des Erblassers die volle Mitgliedschaft in der Liquidationsgesellschaft erhält (3). Dieser Stellung als Gesellschafter steht die Möglichkeit der Beschränkung der Haftung auf den Nachlaß nach den Vorschriften des Erbrechtes nicht entgegen.

---

(1) In Bd.106, S.65 unter Hinweis auf Düringer-Hachenburg, Anm.7 vor §131;
(2) Im RGR-Komm. §131, Anm.26 Abs.2; §146 Anm.11;
(3) BGH 1, S.324; 22, S.191; Baumbach-Duden a.a.O., §131 Anm.5; Schlegelberger-Geßler a.a.O., §131 Anm.23; Siebert Gesellschaftsvertrag S.9; Liebisch in ZHR 116, S.130; 77, S.179; Kipp-Coing a.a.O., §91,IV,4.

Eine Ausnahme muß nur für die Rechte und Pflichten des verstorbenen Gesellschafters gelten, die ihm auf Grund seiner besonderen persönlichen Fähigkeiten oder Möglichkeiten eingeräumt waren. Wegen des persönlichen Anknüpfungspunktes müssen diese mit dem Tode des Gesellschafters wegfallen, der Erbe kann und muß sie nicht übernehmen.(1).

Wird der verstorbene Gesellschafter von einer Mehrheit von Personen beerbt, so müßte diesen die Mitgliedschaft in der Form der Erbengemeinschaft nach § 2032 BGB zustehen. Es ist in der Rechtsprechung und Literatur überwiegend anerkannt, daß eine Erbengemeinschaft nicht Mitglied einer werbenden OHG sein kann (2). Dies wird daraus geschlossen, daß die Erbengemeinschaft nicht an der " persönlichkeitsbezogenen Arbeitsgemeinschaft und der persönlichkeitsbezogenen Haftungsgemeinschaft" teilnehmen könne und eine Mitgliedschaft deshalb der Struktur der OHG widersprechen würde (so BGH Bd. 22, S. 191). Außerdem bestimmt § 139 HGB zwingend, daß jeder Erbe die Kommanditistenstellung beantragen könne. Daraus folgt, daß jeder Erbe die Gesellschafterrechte für sich allein bekommt. Daneben ist es möglich, daß einer als Treuhänder für die anderen in die Gesellschafterstellung einrückt.

Damit ist jedoch ein Eintritt der Erbengemeinschaft in die Liquidationsgesellschaft noch nicht ausgeschlossen, da die Mitgliedschaft in diesem Falle nur für die Abwicklung der Gesellschaftsbeziehungen besteht. Mit der Auflösung bleibt zwar die Arbeits- und Haftungsgemeinschaft erhalten, diese ist aber auf die Realisierung der schon im

---

(1) Düringer-Hachenburg-Geiler a.a.O., Anm.193, S.231;
(2) BGH 22, S.291; RG in DR 1943, S.1224; Baumbach-Duden a.a.O., §105, Anm.1,D; Weipert a.a.O., §139, Anm.25; Schlegelberger-Geßler a.a.O., §139 Anm.25; Kipp-Coing a.a.O., §91,IV,4; Liebisch in ZHR 116, S.134; Hueck OHG §18,II,2,a, S.300.

Gesellschaftsvermögen steckenden Vermögenswerte beschränkt. Diese Veränderung der Mitgliedschaft rechtfertigt es, daß man den Eintritt der Erbengemeinschaft in die Mitgliedschaft bei einer aufgelösten Gesellschaft zuläßt (1). Würde man dies nicht für möglich ansehen, so müßte notwendigerweise das vom BGB aufgestellte Prinzip der Gesamtrechtsnachfolge des Erben unberechtigterweise durchbrochen werden. Wie bei der werbenden Gesellschaft müßte man eine Sonderrechtsnachfolge der einzelnen Erben oder die treuhänderische Verwaltung des den Miterben zustehenden Anteils durch eine von den Erben zu bestellende Person annehmen.

Deshalb ist es möglich, daß für die kurze Zeit des Gesellschaftsabbaues die Erbengemeinschaft in die Gesellschafterstellung des Erblassers einrückt.

Die Erben können in Gesellschaftsangelegenheiten grundsätzlich nur gemeinsam tätig werden. Eine Ausnahme gibt lediglich § 2038, Abs. I, Satz 3 BGB für einzelne, zur Erhaltung des Nachlasses notwendig werdende Maßnahmen, die auch ein Miterbe allein vornehmen kann.

Da somit der einzelne Erbe wie die Erbengemeinschaft in die Mitgliedschaft des verstorbenen Gesellschafters eintreten, nehmen sie auch dessen personenrechtliche Stellung wahr. Sie sind wie die übrigen Gesellschafter verpflichtet, die Abwicklung der Gesellschaft zu fördern, und in ihrem Vorgehen durch die allgemeine Treuepflicht beschränkt.

Die ursprünglichen Gesellschafter können sich gegen die Mitwirkung der Erben schützen, indem sie diese bei Vorliegen eines wichtigen Grundes durch Gerichtsbeschluß nach § 140 HGB ausschließen lassen, wie dies beim verstorbenen Gesellschafter möglich gewesen wäre.

---

(1) Baumbach-Duden a.a.O., §131 Anm.5,B; Kipp-Coing a.a.O., §91,IV,2; Hueck OHG, §23,II,4, S.250; Schlegelberger-Geßler §131, Anm.23; RG 106, S.65.

2. Der Testamentsvollstrecker und der Nachlaßverwalter.

Ist ein Gesellschafter verstorben und hat er einen Testamentsvollstrecker nach §§ 2197 ff. BGB zur Verwaltung seines Nachlasses eingesetzt, so kann dieser nicht schon durch die Bestimmung im Testament in die Gesellschafterstellung des Erblassers während der Liquidation eintreten.

Eindeutig ist, daß der Testamentsvollstrecker durch das Verwaltungsrecht des § 2205 BGB Liquidator nach § 146, Abs. I HGB wird (1). Er ist zwar in dieser Vorschrift nicht ausdrücklich genannt, trotzdem hat er die Liquidatorenstellung als Verwalter des Nachlasses. So wie mehrere Erben nach § 146, Abs. I, Satz 2 HGB einen Vertreter als Liquidator bestellen müssen, kann der Erblasser einen Vertreter für den oder die Erben bestimmen, der Liquidator wird. Beim Testamentsvollstrecker fällt diese Stellung als Liquidator in sein Verwaltungsrecht über den Nachlaß.

Für die Wahrnehmung der gesellschaftlichen Verwaltungsrechte müssen dagegen wegen deren höchstpersönlicher Natur engere Grenzen gezogen werden. Ohne eine entsprechende Regelung im Gesellschaftsvertrag oder einen dahingehenden Beschluß der Gesellschafter kann der Erblasser nicht wirksam bestimmen, daß die gesellschaftlichen Verwaltungsrechte vom Testamentsvollstrecker wahrgenommen werden. Eine entsprechende Bestimmung im Testament kann nur dazu führen, daß der Testamentsvollstrecker den übertragbaren Anspruch auf das Auseinandersetzungsguthaben zu verwalten hat (2). Alle anderen Rechte werden aber vom Erben wahrgenommen.

---

(1) Düringer-Hachenburg-Flechtheim a.a.O., §146, Anm.6; Baumbach-Duden a.a.O., §142, Anm.2A; Weipert a.a.O., §146, Anm.28; Hueck OHG §32,IV,2,b, S.361; Kipp-Coing a.a.O., §68,III,2,d, S.291;

(2) Kipp-Coing a.a.O., §68,III,2,c, S.290; Hueck OHG §28, II,5,Anm.58, S.306.

Auch wenn der Gesellschaftsvertrag die Ernennung von Testamentsvollstreckern vorsieht oder wenn die Gesellschafter damit einverstanden sind, kann der Testamentsvollstrecker dadurch allein noch nicht in die höchstpersönlichen Rechte und Pflichten des Gesellschafters eintreten. Denn er kann durch seine Stellung nur über die Mittel des Nachlasses verfügen, für seine Handlungen haftet der Erbe aber nicht unbeschränkt, wie dies für die Stellung eines Gesellschafters der OHG erforderlich wäre. Es ist demnach weiterhin erforderlich, daß der Erbe ihm Vollmacht erteilt und dadurch unbeschränkt nach § 128 HGB haftet oder daß der Testamentsvollstrecker als Treuhänder in die Liquidationsgesellschaft eintritt und dann selbst unbeschränkt haftet (1).
Es ist unbestritten, daß der Erbe immer die Rechte aus § 139 HGB hat und allein entscheidet, ob er persönlich haftender Gesellschafter oder Kommanditist in der Gesellschaft werden will. Außerdem steht ihm allein die Entscheidung bei einem Beschluß über die Fortsetzung der aufgelösten Gesellschaft zu. Dies ergibt sich aus der persönlichen Haftung des in die Liquidationsgesellschaft eintretenden Erben. Aus dieser Haftung folgt, daß diese Entscheidung nur für ihn von Bedeutung ist.

Wurde die Nachlaßverwaltung über das Vermögen des Erblassers angeordnet (§§ 1981 ff. BGB), so ist der Nachlaßverwalter in gleicher Weise wie der Testamentsvollstrecker Liquidator kraft seines Amtes (2).
Die Aufgabe des Nachlaßverwalters ist es, die Nachlaßbestandteile für die Befriedigung der Nachlaßgläubiger zu sichern. Der Anspruch auf das Auseinandersetzungs-

---

(1) BGH 24, S.113; RG 170, S.392; Schlegelberger-Geßler a.a.O., §139, Anm.14,b; Hueck OHG §28,II,5, S.304; Siebert Festschrift , S.337; Wolf in NJW 1954, S.1550;
(2) Düringer-Hachenburg-Flechtheim a.a.O., §131, Anm.6; Baumbach-Duden a.a.O., §142, Anm.2A; Geßler-Hefermehl a.a.O., §146, Anm.6; Kipp-Coing a.a.O., §97,VI,1,b, S.424.

guthaben ist ein Teil des Nachlasses, der von ihm verwaltet werden muß. Über diesen Anspruch kann er als übertragbares Recht verfügen. Daneben hat der Nachlaßverwalter kein Recht zur Mitwirkung , soweit es sich um Angelegenheiten handelt, die das höchstpersönliche Gesellschaftsverhältnis betreffen. Dies gilt für die Rechte aus § 139 HGB, wie für die Entscheidung über das Wiederaufleben der Gesellschaft (1). § 145, II HGB stellt eine Ausnahmeregelung dar, die nur für den Konkursverwalter und den kündigenden Privatgläubiger gilt.

3. Der Konkursverwalter.

Wurde die OHG durch den Konkurs über das Vermögen eines Gesellschafters aufgelöst oder fällt ein Gesellschafter während der Liquidation in Konkurs, so werden die Rechte und Pflichten aus der Mitgliedschaft in der Liquidationsgesellschaft vom Konkursverwalter wahrgenommen (§ 6, II KO). Dies gilt jedoch nur insoweit, als es dessen Stellung zur Verwaltung der Konkursmasse erforderlich macht. Der Konkursverwalter kann und muß die Gesellschafterrechte und -pflichten nicht wahrnehmen, die mit der Feststellung und Verwaltung des Auseinandersetzungsguthaben nichts zu tun haben. Der Gesellschafter scheidet deshalb nicht völlig aus dem Kreis der Mitgesellschafter aus (2). Er tritt wieder in die früher innegehabte Stellung ein, wenn das Konkursverfahren über sein Vermögen aufgehoben wird.
Der Konkursverwalter muß sich bei der Ausübung seines Amtes gegenüber der Gesellschaft in den Grenzen halten, die nach dem Gesellschaftsvertrag für den in Konkurs gefallenen Gesellschafter gelten. Er ist demnach verplichtet, den Abwicklungszweck zu fördern, und darf nicht gegen die auch für ihn geltende Treuepflicht verstossen. Kraft dieser Treuepflicht ist er zur Wahrung

---

(1) Hueck OHG §28,III,5, S.306; Baumbach-Duden §139, Anm.5; Kipp-Coing §97,VI,1,b, S.424; Düringer-Hachenburg-Flechtheim §146, Zff.6; KG HRR 42, 477;
(2) Hueck OHG §32,IV,2,b, S.361; Weipert a.a.O., §146, Anm.7; Ritter a.a.O., §146, Anm.8.

der Geschäftsgeheimnisse verpflichtet, was für die Gesellschafter von großer Bedeutung sein kann.
Da das Recht des Konkursverwalters auf die Teilnahme an der Liquidation von der Mitgliedschaft des in Konkurs gefallenen Gesellschafters abhängig ist, können die anderen Gesellschafter durch Beschluß und Erklärung nach § 141, Abs. II HGB den in Konkurs gefallenen Gesellschafter ausschließen und damit die Mitwirkungsbefugnis des Konkursverwalters bei der Liquidation beenden.

4. Der kündigende Privatgläubiger.

Der Gläubiger eines Gesellschafters kann unter den Voraussetzungen des § 135 HGB die Gesellschaft kündigen. Damit wird die OHG aufgelöst und auch der Gläubiger an der Liquidation beteiligt.
Durch diese Kündigung erhält der Gläubiger aber nicht die Stellung eines Gesellschafters. Der Gesellschafter, dessen Mitgliedschaft gekündigt wurde, behält vielmehr in der Liquidation die ganzen Rechte und Pflichten aus der Mitgliedschaft. Der Privatgläubiger hat grundsätzlich nur einen Anspruch auf das Auseinandersetzungsguthaben des betreffenden Gesellschafters (1). § 145, II HGB bestimmt lediglich, daß die Liquidation nur mit seiner Zustimmung unterbleiben kann, wenn sie durch seine Kündigung ausgelöst wurde.
Er wird jedoch nicht völlig von der Mitwirkung beim Abbau der Gesellschaft ausgeschlossen. In vermögensrechtlichen Angelegenheiten benötigt er Mitwirkungsrechte, um den von ihm gepfändeten Anspruch realisieren zu können. Wenn die Gesellschafter die Abwicklung der aufgelösten OHG nach eigenem Gutdünken vornehmen könnten, hätte er keine Möglichkeit, seine Vermögensinteressen wahrzunehmen. In den meisten Fällen würde er deshalb finanziell geschädigt werden.

---

(1) Düringer-Hachenburg-Geiler a.a.O., Anm.216, S.253.

Der Privatgläubiger ist aber an die im Gesellschaftsvertrag vorgesehene Art und Weise der Abwicklung gebunden, da er sein Recht am Gesellschaftsanteil vom jeweiligen Gesellschafter ableitet und kein eigenes Recht an der Durchführung der Liquidation hat. Wollen die Gesellschafter jedoch von dieser im Gesellschaftsvertrag vereinbarten Abwicklung oder von der gesetzlichen Liquidation abweichen, so brauchen sie dazu die Zustimmung des kündigenden Privatgläubigers.(1).

Das Gesetz gibt ihm in den §§ 146, II, 2, 147 und 142 HGB die Befugnis, bei bestimmten Vorgängen der Liquidation mitzuwirken. Der kündigende Privatgläubiger hat aber kein eigenes Recht auf Mitwirkung bei der Feststellung des Liquidationsgewinnes und darf keine Rechnungslegung verlangen (2). Würde man ihm diese Möglichkeiten geben, so könnte er Einblick in gesellschaftsinterne Vorgänge nehmen, ohne durch die nur für den Gesellschafter geltende Treuepflicht zur Geheimhaltung verpflichtet zu sein.

Da der kündigende Privatgläubiger nicht in den Kreis der Gesellschafter tritt, kann er sein Handeln der Gesellschaft gegenüber nach eigenem Gutdünken einrichten. Die übrigen Gesellschafter können nach § 141 HGB den betreffenden Gesellschafter und damit den kündigenden Privatgläubiger aus der Liquidationsgesellschaft ausschließen und die aufgelöste Gesellschaft in ihren werbenden Zustand zurückversetzen.

5. Die an der Liquidation interessierten Dritten.

Die Gläubiger der Gesellschaft können nach den gesetzlichen Vorschriften keinen Einfluß auf die Durchführung

---

(1) Baumbach-Duden a.a.O., §145, Anm.2,D; Hueck OHG §24,II,4, S.269; Weipert a.a.O., §135, Anm.3; RG 90, S.20; anderer Ansicht sind Staub-Pinner a.a.O., §135, Anm.7; Knoke a.a.O., S.116;

(2) Schlegelberger-Geßler a.a.O., §135, Anm.13; Weipert a.a.O., §135, Anm.19; Hueck OHG §24,II,4,S.269; RG 52, S.37;95, S.233; anderer Ansicht sind Baumbach-Duden a.a.O., §135, anm.4,B; und Wieland a.a.O., S.666.

der Liquidation nehmen. Dies ist zu ihrem Schutz auch nicht erforderlich, weil die Gesellschafter über die Auflösung hinaus für die Gesellschaftsverbindlichkeiten unmittelbar und unbeschränkt haften. Es tritt jedoch nach § 159 HGB eine Kürzung der Verjährungsfrist ein.

Auch die Gläubiger eines Gesellschafters können grundsätzlich keinen Einfluß auf die Durchführung der Liquidation nehmen. Dies gilt ebenso für den Zessionar und den Pfandgläubiger des Auseinandersetzungsanspruches. Eine Ausnahme besteht nur zugunsten des kündigenden Privatgläubigers.
Für den Zessionar und den Pfandgläubiger des Auseinandersetzungsanpruches ist die Frage allerdings umstritten.
Der Gesellschafter kann schon vor der Auflösung der Gesellschaft seinen Anteil an der Auseinandersetzungsmasse abtreten. Dem steht § 717, Satz 2 BGB nicht entgegen, da es sich dabei nur um den schuldrechtlichen Anspruch handelt, der schon mit der Gründung der Gesellschaft entsteht und lediglich der Höhe nach unbestimmt ist (1). Die Höhe dieses Anspruches ist von der Ermittlung durch die Liquidatoren in der Liquidationsschlußbilanz abhängig. Der Anspruch auf das Auseinandersetzungsguthaben kann, da er abtretbar ist, auch verpfändet werden (§§ 1274 II, 1280 BGB). Die Pfändung und Überweisung des Anspruchs ist im Wege der Zwangsvollstreckung nach den §§ 829, 835 ZPO möglich.
Im Gesellschaftsvertrag vereinbarte Abtretungsverbote hindern die Pfändung nach der Vorschrift des § 851 II ZPO nicht.
Der Zessionar und der Pfandgläubiger des Auseinandersetzungsanspruchs können vor der Auflösung der Gesellschaft keine Rechte gegen diese geltend machen.

---

(1) RG 60, S. 130.

Da ihnen nur die reine, vom Gesellschaftsverhältnis losgelöste Geldforderung zusteht, können sie auf die Gesellschaftsangelegenheiten keinen Einfluß nehmen (1). Sie sind darauf beschränkt, sich an den Zedenten oder Pfandschuldner zu halten.

Eine Ausnahme besteht nur dann, wenn sie aufgrund ihrer Stellung als Gläubiger eines Gesellschafters die Gesellschaft nach § 135 HGB kündigen und sie dadurch die Stellung des kündigenden Privatgläubigers erlangen.

Durch die Auflösung der Gesellschaft ändert sich ihre Stellung nicht, sie können insbesondere keinen Einfluß auf die Abwicklung nehmen (2).
Anders ist es nur dann, wenn sich die Gesellschafter in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Art und Weise gegen den Zessionar oder Pfandgläubiger wenden. Dann kann die Gesellschaft sich nach § 826 BGB schadensersatzpflichtig machen. Einen sittenwidrigen Gesellschaftsbeschluß brauchen sie wegen § 138 BGB nicht gegen sich gelten zu lassen.

Ein Teil der Lehre und Rechtsprechung (3) nimmt dagegen an, daß der Zessionar und der Pfandgläubiger des Auseinandersetzungsanspruches einen Teil der Mitwirkungsrechte haben, die dem kündigenden Privatgläubiger nach § 135 HGB zustehen. So sei ihre Zustimmung zu einer für sie ungünstigen Änderung des Abwicklungsverfahrens erforderlich, und ein Wiederaufleben der Gesellschaft könne ohne ihre Zustimmung nicht wirksam beschlossen werden.

---

(1) RG 90, S.20;
(2) Schlegelberger-Geßler (3. Aufl.) §146, Anm.35; Hueck OHG §31,IV,3, S. 350; RG 90, S.20; RG in JW 1919, S. 933;
(3) Weipert a.a.O., §145, Anm.25; Ritter a.a.O., §145, Anm.5; Schlegelberger-Geßler (1.und 2. Aufl.) §145, Anm.35; RG 91, S.43;

Dies ist jedoch abzulehnen, da der Gläubiger durch die Abtretung oder Pfändung des Auseinandersetzungsanspruches nur die schuldrechtliche Forderung , nicht aber einen Teil der Mitgliedschaftsrechte erwirbt. Das würde der höchstpersönlichen Natur der Mitgliedschaftsrechte widersprechen.
Das Gesetz gibt als Ausnahme nur dem kündigenden Privatgläubiger nach den §§ 145, 146 HGB die Stellung eines Liquidationsbeteiligten mit den entsprechenden Rechten. Vom Zessionar und Pfandgläubiger ist aber in dieser Vorschrift keine Rede.
Daneben wäre eine Mitwirkung des Zessionars und Pfandgläubigers für die Gesellschafter nicht zumutbar, da damit auch diese Einblick in die Gesellschaftsangelegenheiten nehmen könnten. Sie wären bei der Beschlußfassung nicht an die gesellschaftliche Treuepflicht gebunden und könnten nicht nach § 141 HGB ausgeschlossen werden. Der schon weite Rahmen der Liquidationsbeteiligten würde dadurch unangemessen erweitert werden. Der Zessionar und der Pfandgläubiger haben auch keinen Anspruch auf Feststellung des Auseinandersetzungsguthabens nach dem im Gesellschaftsvertrag festgelegten Verteilungsmaßstab. Sie können sich zur Durchsetzung ihrer Rechte immer nur an den Zedenten, bzw. den Pfandschuldner halten (1). Dieser allein kann als Gesellschafter Einfluß auf die Gesellschaftsangelegenheiten nehmen.

C. Der Gesellschafterwechsel im Stadium der Liquidation.

Die OHG als Personalgesellschaft mit starker persönlicher Verbundenheit der Gesellschafter ist grundsätzlich in ihrem Bestande von der unveränderten Personenzusammensetzung abhängig. Das HGB sieht in den §§ 138,

---

(1) RG in JW 1917, S.539.

140 und 141 die Möglichkeit vor, einen Gesellschafter zwangsweise auszuschließen. Da für die Gesellschafter der OHG der Grundsatz der Vertragsfreiheit gilt, können sie im Gesellschaftsvertrag ein Kündigungsrecht vorsehen, so daß ein Ausscheiden durch Kündigung möglich ist. Dies braucht aber nicht im Gesellschaftsvertrag festgelegt zu sein, die bloße Zustimmung der Mitgesellschafter genügt zum Ausscheiden. Will dagegen der Ausscheidende seine Gesellschafterstellung auf einen Dritten übertragen, so ist zu diesem Wechsel immer die Zustimmung der Mitgesellschafter nötig, entweder durch einen entsprechenden Beschluß oder durch eine diesbezügliche Regelung im Gesellschaftsvertrag.
Diese Möglichkeiten sollen verhindern, daß die OHG nicht schon durch das Ausscheiden eines Gesellschafters aufgelöst wird und dadurch wirtschaftliche Werte zerstört werden.
Für den Wechsel der Gesellschafter in der Liquidationsgesellschaft muß aber etwas Besonderes gelten, weil die Gesellschaft sich schon im Abbau befindet und ihre vollständige Auflösung sich in absehbarer Zeit vollziehen wird. Deshalb wird das Ausscheiden eines Gesellschafters und noch mehr der Gesellschafterwechsel in diesem Stadium der Gesellschaft eine Ausnahmeerscheinung sein.

Einmal ist es möglich, daß ein Gesellschafter während der Liquidation verstirbt. Seine Erben treten dann in die Mitgliedschaft ein. Für die Liquidationsgesellschaft ist dies jedoch, wie schon ausgeführt, ohne große Bedeutung. Außerdem kann ein Gesellschafter auch während der Liquidation nach Übereinkunft mit den Mitgesellschaftern ausscheiden. Er kann jederzeit abgefunden werden, ohne daß die Schlußverteilung abgewartet werden muß. Die Möglichkeit eines derartigen Ausscheidens kann für die Mitgesellschaf-

ter insbesondere dann von Bedeutung sein, wenn sie die OHG fortsetzen wollen, jener Gesellschafter aber an einer weiteren Beteiligung nicht interessiert ist. Eine Vereinbarung über den Austritt eines Gesellschafters im Stadium der Liquidation kann auch schon im ursprünglichen Gesellschaftsvertrag enthalten sein. Dagegen ist eine Kündigung der Liquidationsgesellschaft durch den Gesellschafter nach § 132 HGB nicht mehr möglich.

Vor der Auflösung der Gesellschaft können die Gesellschafter einen lästigen Mitgesellschafter im Klagewege nach § 140 HGB ausschließen. Diese Möglichkeit haben die Gesellschafter nach der herrschenden Lehre und Rechtsprechung (1) auch in dem Liquidationsstadium der OHG. Dies ist erforderlich, da den Gesellschaftern nicht zugemutet werden kann, die Abwicklung mit einem lästigen Mitgesellschafter zusammen vornehmen zu müssen. Dieser könnte durch sein Verhalten die Durchführung der Liquidation behindern und praktisch blockieren. Außerdem müssen die Gesellschafter eine Möglichkeit haben, auch gegen den Willen eines Mitgesellschafters die Gesellschaft wiederaufleben zu lassen. Das ist aber nur durch den Ausschluß des sich weigernden Gesellschafters möglich. Dabei muß jedoch berücksichtigt werden, daß die Ausschließung eines Gesellschafters schon im werbenden Zustand der Gesellschaft wegen des bestehenden Treueverhältnisses nur dort durchgeführt werden kann, wo kein anderer Weg zumutbar ist (2), wie z.B. die Entziehung der Geschäftsführung oder die Beschränkung der Vertretungsmacht.

Dies muß umso mehr im Stadium der Liquidation der Ge-

---

(1) Hueck OHG §29,I,2,c,S.321; Baumbach-Duden a.a.O., §141 Anm.1,A; Schlegelberger-Geßler a.a.O.,§140 Anm.7; Weipert a.a.O.,§140,Anm.13; Ritter a.a.O.,§140 Anm.3,b; Wimpfheimer a.a.O.,S.106; ROHG 6,S.112,Nr.22; RG 102, S.376; in JW 1925,S.245; in JW 1936,S.2071,2214; OGH Köln in NJW 1950,S.184; BGH 1,S.331; in LM §142;
(2) BGH in BB 55, S.1038.

sellschaft gelten, da den Gesellschaftern für die kurze Zeit des Abbaues meistens die Mitwirkung eines unliebsamen Mitgesellschafters zuzumuten sein wird. Daneben haben die Gesellschafter nach § 147 HGB die Möglichkeit, den Störenfried aus seiner Liquidatorenstellung abzuberufen und sich so zu schützen. Dies ist für die Fälle nicht ausreichend, in denen ein Gesellschafter durch seine ablehnende Haltung gegenüber allen Notwendigkeiten der Liquidation die sachgemäße Abwicklung gefährdet. Dasselbe gilt für den Gesellschafter, der sich der Weiterführung der OHG entgegenstellt. Ein Vorgehen der Mitgesellschafter nach § 147 HGB ist nutzlos, da er die Liquidation nicht stört, sondern im Gegenteil möglichst zu Ende führen will. Für diesen Gesellschafter muß es zur Aufrechterhaltung der OHG im Interesse der Mitgesellschafter die Möglichkeit geben, den Gesellschafter nach den §§ 156,140 HGB auszuschließen (1).

Ein Teil der Literatur(2) will dagegen die Anwendung des § 140 HGB in der Liquidation auf den Fall beschränken, daß der Mitgesellschafter sich der Weiterführung der OHG entgegenstellt. In allen anderen Fällen seien die Gesellschafter durch die Möglichkeit des § 147 HGB, den lästigen Mitgesellschafter aus der Liquidatorenstellung abzuberufen, ausreichend geschützt. Dies ist jedoch nicht zutreffend, da der Gesellschafter, auch ohne daß er Liquidator ist, durch sein Verhalten bei Entscheidungen, die von allen Gesellschaftern zu treffen sind, den sachgemässen Abbau stören kann.

Ebenso wie ein Gesellschafter kann auch dessen Erbe ausgeschlossen werden. Dasselbe gilt für den in Konkurs gefallenen Gesellschafter.

---

(1) Düringer-Hachenburg-Flechtheim a.a.O. §140 Anm. 11; Baumbach-Duden a.a.O. § 140 Anm. 1 A;RG 102, S. 376;
(2) Düringer-Hachenburg-Flechtheim a.a.O. § 140 Anm. 11; Schlegelberger-Geßler a.a.O. § 140 Anm. 7, RG 74, S. 62; RG in JW 1911, S. 721.

Damit wird notwendigerweise auch der Konkursverwalter aus der Liquidationsgesellschaft ausgeschlossen (141 II HGB). Den Gesellschaftern kann nicht zugemutet werden, wegen des Privatkonkurses eines Mitgesellschafters die OHG aufzulösen. Sie müssen die Möglichkeit haben, die Identität der Gesellschaft durch den Ausschluß des betreffenden Gesellschafters zu erhalten. Ebenso kann der Gesellschafter ausgeschlossen werden, dessen Gläubiger die Gesellschaft gekündigt hat. Dazu ist nach der Vorschrift des § 141 HGB wie bei dem in Konkurs gefallenen Gesellschafter nur der einstimmige Beschluß der Mitgesellschafter erforderlich.

Die Ausschließungsklage nach § 140 HGB muß von allen Mitgesellschaftern erhoben werden. Die Vorschrift des § 140 HGB ist nicht zwingend (1). Es fehlt ihr eine entsprechende Bestimmung, wie sie z. B. für die Auflösungsklage in § 133 III HGB gegeben ist. Deshalb können die Gesellschafter im Gesellschaftsvertrag eine abweichende Regelung treffen. Sie können die Klage aufgrund eines Mehrheitsbeschlusses zulassen, der dann als Grundlage für die Klage ausreicht.

Jeder Gesellschafter kann bei der Prüfung, ob er die Ausschliessungsklage erheben soll, nach eigenem Ermessen vorgehen, da dies eine Frage ist, die in seine gesellschaftliche Sondersphäre fällt. Er ist nicht verpflichtet, der Klageerhebung zuzustimmen, selbst wenn diese im Gesellschaftsinteresse notwendig ist, da kein Gesellschafter zu einer Mitgliedschaft in einer anders zusammengesetzten Gesellschaft gezwungen werden kann. Der Erbe des verstorbenen Gesellschafters muß zu einer derartigen Klage ebenfalls seine Zustimmung geben. Weiterhin ist die Zustimmung des kündigenden Privatgläubigers

---

(1) BGH in NJW 1959, S. 1684; Hueck OHG § 29, I, 2, c, S. 327; Baumbach-Duden § 140 Anm. 1, B.

notwendig, wenn die Ausschliessungsklage zum Ziele hat, die Wiederaufnahme der werbenden Geschäfte zu ermöglichen. Dann ist die Klageerhebung der erste Akt der Gesellschaft zur Aufnahme werbender Geschäfte. Mit der Aufnahme werbender Geschäfte würde aber das Recht des kündigenden Privatgläubigers auf die Durchführung der Liquidation beeinträchtigt werden. Der Konkursverwalter eines Gesellschafters muß ebenfalls der Erhebung der Ausschliessungsklage zustimmen, da er in der Liquidation an die Stelle des in Konkurs gefallenen Gesellschafters tritt.

Es ist möglich, daß ein neuer Gesellschafter in die Liquidationsgesellschaft eintritt (1). Dieser Eintritt vollzieht sich im Wege der Änderung des Gesellschaftsvertrages, es bedarf dazu keiner Neugründung der Gesellschaft. Für die Liquidationsgesellschaft wie für den Neueintretenden kann der Beitritt im Stadium der Abwicklung von Bedeutung sein, da der neue Gesellschafter durch seine Einlage und Mitwirkung die völlige Auflösung verhindern und die Wiederaufnahme der werbenden Geschäfte ermöglichen kann. Die Gläubiger der Gesellschaft werden dadurch nicht benachteiligt, da der neueintretende Gesellschafter für die schon entstandenen Gesellschaftsschulden nach § 156, § 130 HGB haftet.
Dagegen müssen die Bedenken der älteren Literatur und Rechtsprechung (2) zurücktreten, es sei begrifflich unmöglich, daß in die aufgelöste Gesellschaft ein Dritter als Gesellschafter eintrete.

---

(1) Düringer-Hachenburg-Flechtheim § 156 Anm. 10; Schlegelberger-Geßler a.a.O. § 156, Anm. III; Staub-Pinner a.a.O. § 156 Anm. 22; Ritter a.a.O. § 156 Anm. VI; Wieland a.a.O. I, S. 613; RG 106, S. 163; KGJ 26, A. 219;
(2) Noeldeke a.a.O. S. 70; Wimpfheimer a.a.O., § 7, S. 66.

II. Hauptteil:

Die Gesellschafter und die Durchführung der Liquidation.

A. Die Beschlüsse der Gesellschafter in der Liquidation.

Da die Liquidation der OHG nur im Interesse der Gesellschafter durchgeführt wird, können diese durch einen Beschluß alle Gesellschaftsangelegenheiten bindend regeln (1). Dies ist möglich, weil die Gläubiger der Gesellschaft durch die fortdauernde, unmittelbare und unbeschränkte Haftung der Gesellschafter neben und nach der Liquidation ausreichend geschützt sind. Anders ist dies bei den Kapitalgesellschaften (A. G., GmbH), wo die Liquidationsvorschriften nicht abdingbar sind, da den Gesellschaftsgläubigern nur das Gesellschaftsvermögen haftet.
So können die Gesellschafter der OHG den Gesellschaftsvertrag ändern, von den Vorschriften über die Liquidation abweichen oder sogar die Abwicklung beenden und die Liquidationsgesellschaft in eine werbende OHG zurückverwandeln. Grenzen dieser Befugnis ergeben sich lediglich aus zwingenden Vorschriften des Gesetzes oder aus dem Grundsatz von Treu und Glauben. Außerdem kann der Schutz der Interessen der übrigen Liquidationsbeteiligten eine Einschränkung verlangen.

1. Das Verfahren bei der Beschlußfassung.

Im werbenden Zustand der OHG richtet sich das Verfahren der Beschlußfassung nach der Vorschrift des

---

(1) Hueck OHG, § 11, I, S. 118; Baumbach-Duden, a.a.O. § 145, Anm. 1, B; KG in DR 1940, S. 806.

des § 119 HGB, soweit der Gesellschaftsvertrag nichts anderes vorsieht. Es kann nun fraglich sein, ob diese Vorschrift wegen der veränderten Umstände auch auf die Beschlußfassung während der Liquidation Anwendung findet. § 119 HGB verlangt für einen wirksamen Beschluß die Einstimmigkeit. Da das gegenseitige Vertrauen nach der Auflösung der Gesellschaft fehlen kann, muß jeder Gesellschafter die Möglichkeit haben, bei den Beschlüssen mitzuwirken. Demnach kann die Bestimmung des § 119 HGB über § 156 HGB auch auf die Beschlüsse der Gesellschafter in der Liquidation Anwendung finden (1). Aus § 119 HGB ergibt sich, daß normalerweise die Beschlüsse in der Liquidation von allen Gesellschaftern gefaßt werden müssen, ob diese Liquidatoren sind oder nicht. Statt des in Konkurs gefallenen oder verstorbenen Gesellschafters sind jedoch der Konkursverwalter oder der Erbe zur Abstimmung gerufen. Sind mehrere Erben vorhanden, die Gesellschafter werden, so hat jeder für sich die seinem Anteil entsprechenden Verwaltungsrechte und die daraus folgende Stimme bei der Beschlußfassung.
Außerdem kann der Kreis der Stimmberechtigten durch den Hinzutritt des kündigenden Gesellschaftergläubigers erweitert sein. So muß dieser zu Beschlüssen nach den §§ 145 II, 147, 152 HGB seine Zustimmung erteilen.

2. Die Geltung des Mehrheitsprinzips.

Der Gesellschaftsvertrag kann grundsätzlich auch für die Beschlüsse während der Liquidation die Geltung

---

(1) BGH 22, S. 192; Hueck OHG § 28, II, 2 a, S. 300; Baumbach-Duden a.a.O. § 119 Anm. 1, A; Staub-Pinner a.a.O. § 146 Anm. 1; Ritter a.a.O. § 119, V. Anderer Ansicht ist lediglich Goldmann, der § 119 HGB nur auf die Beschlußfassung der werbenden OHG anwenden will.

des Mehrheitsprinzips vorsehen (1). Dies ist wieder eine Folge der unbeschränkten Stellung der Gesellschafter in der Liquidation. Ein Mehrheitsbeschluß ist selbst in den Fällen möglich, in denen das Gesetz ausdrücklich einen einstimmigen Beschluß verlangt (so zum Beispiel bei § 147, 1. Halbsatz HGB). Denn die ganzen Bestimmungen des HGB über die Liquidation haben keinen zwingenden Charakter, sondern können von den Gesellschaftern abbedungen werden.
Damit jedoch das Mehrheitsprinzip für die Beschlüsse in der Liquidation Geltung hat, muß dies im Gesellschaftsvertrag ausdrücklich vereinbart worden sein. Es reicht nicht aus, daß der Gesellschaftsvertrag jede Änderung seines Inhalts durch einen Mehrheitsbeschluß zuläßt. Dann wird das Mehrheitsprinzip nur für Beschlüsse in der werbenden Gesellschaft Geltung haben, nicht aber in der Liquidation zur Anwendung kommen (2). Anderer Ansicht ist der BGH (3), der für einen Fortsetzungsbeschluß das Mehrheitsprinzip auch dann gelten lassen will, wenn dieses nach dem Gesellschaftsvertrag für die Gestaltung der Gesellschaftsgrundlagen einheitlich vorgesehen ist. Diese Entscheidung berücksichtigt jedoch nicht, daß mit der Auflösung der Gesellschaft das gegenseitige Vertrauen weggefallen sein kann. Deshalb darf der Gesellschafter nicht an Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages festgehalten werden, die an sich nur für das "Vertrauensstadium" der Gesellschaft gedacht waren. Vertragsbestimmungen über die Geltung des Mehrheitsprinzips in der Liquidation müssen im Interesse und zum Schutze der Gesellschafter eng ausgelegt werden (4). Es ist erforderlich, daß ein dahingehender Vertragswille als erklärt feststellbar ist.

---

(1) So ist die gesamte Lehre: Düringer-Hachenburg-Flechtheim, a.a.O.,§147,Anm.6; Lehmann-Ring,a.a.O.,§147,Anm.I; Makower,a.a.O.,§ 147,Anm.2,a;Ritter,a.a.O.,§147,Anm.2; Staub-Pinner,a.a.O.,§ 146,Anm.11; Baumbach-Duden,a.a.O., §119,Anm.2,B; Hueck,OHG,§32,IV,3,c,363; RG 91,S. 166;
(2) Hueck,OHG,§ 32,IV,6,a,S.371; Schlegelberger-Geßler, a.a.O.,§145,Anm.21;
(3) in BGH 8,S. 35 (JZ 1953,S.227)
(4) Schlegelberger-Geßler,a.a.O.,§119,Anm.7;§145,Anm.21; RG 114,S.395.

So kann sich aus dem Gesellschaftsvertrag ergeben, daß auch weittragende Entscheidungen für die Liquidationsgesellschaft, wie etwa das Wiederaufleben der Gesellschaft, durch eine Mehrheit der Gesellschafter getroffen werden können. Für diesen Fall kann sich der überstimmte Gesellschafter dem Beschluß nicht widersetzen, soweit er nicht gegen Treu und Glauben verstößt. Teilweise (1) wird die Ansicht vertreten, daß der Gesellschafter für diesen Fall ein Kündigungsrecht haben müsse und sein Ausscheiden nicht an erschwerte Bedingungen geknüpft werden dürfe. Dies ist jedoch nicht richtig, da der Gesellschafter sich durch die Zustimmung zum Gesellschaftsvertrag eines derartigen Kündigungsrechtes begeben hat. Das vereinbarte Mehrheitsprinzip bindet auch, wie ausgeführt, den Konkursverwalter und den kündigenden Gesellschaftergläubiger (2). Anderer Ansicht ist jedoch ein Teil der Literatur (3), der neben dem Mehrheitsbeschluß der Gesellschafter immer die Zustimmung des Konkursverwalters und des kündigenden Privatgläubigers verlangt. Dies widerspricht aber dem Grundsatz, daß diese Beteiligten keine bessere Stellung in der Liquidation erhalten können als sie der Gesellschafter hat. Deshalb ist diese Ansicht abzulehnen.

3. Die einzelnen Beschlüsse der Gesellschafter.

Die Beschlüsse der Gesellschafter im Liquidationsstadium der Gesellschaft haben keinen einheitlichen Charakter. Es können grundsätzlich zwei Gruppen von

---

(1) Hueck, Ges.beschl., S.718; Staub-Pinner, a.a.O., § 145, Anm. 15; § 140, Anm. 6; RG in JW 1906, S. 566;
(2) Hueck, OHG, § 32, IV, 6, a, S. 371; Schwarz-Neufeld, a.a.O., § 152, Anm. 1;
(3) Schlegelberger-Geßler, a.a.O., § 152, Anm. 2; Ritter a.a.O. § 152, Anm. 4; Weipert, a.a.O., § 152, Anm. 8.

Beschlüssen unterschieden werden. Zunächst sind Beschlüsse möglich, die die Geschäftsführung der Liquidatoren betreffen und regeln. So zum Beispiel die Beschlüsse nach § 152 HGB, durch die den Liquidatoren Anweisungen für die Durchführung der Abwicklungsgeschäfte gegeben werden können. Die Geschäftsführungsbeschlüsse werden unter C, 2 als wesentliche Möglichkeit der Gesellschafter, auf die Tätigkeit der Liquidatoren Einfluß zu nehmen, behandelt.

Daneben können sogenannte Grundlagenbeschlüsse gefaßt werden, durch die der Gesellschaftsvertrag mit den darin festgelegten Grundsätzen für das Zusammenleben der Mitglieder in der Gesellschaftssphäre abgeändert oder ergänzt wird. So können die Gesellschafter während der Liquidation das Grundverhältnis der Gesellschaft auch dadurch ändern, daß sie einen Gesellschafterwechsel durch Ausschluß oder Aufnahme einer Person vornehmen. Diese Akte vollziehen sich durch entsprechende Beschlüsse (Näheres unter I, C, S. 33).
In der Liquidation ist für die Gesellschafter von größter Bedeutung, durch einen Beschluß den Ablauf der Abwicklung in Abweichung von den gesetzlichen Liquidationsvorschriften regeln zu können. Sie können die Durchführung der gesetzlichen Liquidation in jedem Punkte ändern oder diese beenden und das Gesellschaftsvermögen auf einem anderen Wege verwerten. Außerdem haben sie sogar die Möglichkeit, die Liquidationsgesellschaft durch einen entsprechenden Beschluß in ihren werbenden Zustand zurückzuführen. Eine solche Vereinbarung kann jedoch nur für die Zukunft wirken, sie hat keine rückwirkende Kraft (1).

---

(1) Heymann-Kötter, a.a.O., § 158, Anm. 1.

So können die Gesellschafter von der gesetzlich normierten Liquidation abweichen und beschliessen, das ganze Gesellschaftsvermögen mit Aktiven und Passiven an einen Gesellschafter oder an einen Dritten zu verkaufen. Die Liquidatoren können dies nicht verhindern, im Gegenteil liegt in einem derartigen Beschluß die bindende Weisung, als Vertreter der Liquidationsgesellschaft die entsprechenden Maßnahmen zu ergreifen. Daneben ist es auch möglich, einem Gesellschafter die Übernahme des Gesellschaftsvermögens zu gestatten, wobei ihm dieses in Analogie zu § 142 HGB zuwächst (1). Außerdem können die Gesellschafter die Versilberung des Gesellschaftsvermögens ausschliessen, indem sie Naturalteilung vereinbaren und die einzelnen Vermögensstücke unter sich verteilen oder die Durchführung der Verteilung einem Schiedsgericht übertragen (2). Sie haben auch die Möglichkeit, das ganze Unternehmen an einen Treuhänder zu übertragen, der dann das Gesellschaftsvermögen in Geldwerte umzuwandeln hat.
Werden jedoch einzelne Gegenstände des Gesellschaftsvermögens von einer derartig abweichenden Verwertung ausgeschlossen, so muß bezüglich dieser die gesetzliche Liquidation stattfinden. Die Gesellschafter können auch zur besseren Wahrnehmung einer Konjunktur nach dem Eintritt der Auflösung die Durchführung der Abwicklung zunächst aufschieben und die Art der Auseinandersetzung in der Schwebe lassen. Während dieser Zeit dürfen dann die für die Aufrechterhaltung des normalen Geschäftsbetriebes erforderlichen werbenden Geschäfte abgeschlossen werden. Die Geschäfte müssen aber ihrem Umfang nach und auch zeitlich begrenzt sein, denn in der Weiterführung des unbeschränkten Geschäftsbetriebes müßte sonst die stillschweigende Rückver-

---

(1) Hueck,OHG,§31,V,I,S.352; Bayr. OLG in LZ 1917,S.681; Baumbach-Duden,a.a.O., § 145, Anm. 2,C,a;
(2) Hueck, OHG, § 31, III, S. 348; Baumbach-Duden, a.a.O. § 145, Anm. 2,C,c; RG 147, S. 22.

wandlung der Gesellschaft in eine werbende OHG gesehen werden (1).
Die Gesellschafter können auch jederzeit zur Erhaltung des Vermögenswertes der OHG die Liquidation abbrechen und die Gesellschaft unter Aufrechterhaltung der Identität in die werbende OHG zurückverwandeln. Normalerweise erfolgt dies durch einen Beschluß, der die Rückverwandlung ausdrücklich bestimmt. Es ist aber stillschweigend allein dadurch möglich, daß die Gesellschafter unbeschränkt Erwerbsgeschäfte über einen längeren Zeitraum hinweg abschliessen. In diesem Verhalten muß der Wille der Gesellschafter gesehen werden, die Liquidation abzubrechen und die Gesellschaft in eine werbende OHG zurückzuverwandeln. Das Wiederaufleben der aufgelösten Gesellschaft erfordert als einschneidende Tatsache Klarheit für alle Beteiligten, die allein durch den beschränkten Abschluß werbender Geschäfte nicht gegeben wäre.
Das Gesetz erkennt die Zulässigkeit des Wiederauflebens der Liquidationsgesellschaft unmittelbar für bestimmte Fälle an. So bestimmt es in § 134 HGB, daß die auf eine bestimmte Zeit abgeschlossene Gesellschaft nach der Auflösung stillschweigend fortgesetzt werden kann. Nach § 144 HGB kann die aufgelöste Gesellschaft durch den Beschluß der Gesellschafter wieder aufleben, wenn der Konkurs über sie aufgehoben wird. Deshalb wird ein Wiederaufleben der aufgelösten Gesellschaft von der ganzen Lehre und Rechtsprechung für möglich gehalten (2).

Die Rückgängigmachung der Auflösung ist bis zur endgültigen Verteilung des Gesellschaftsvermögens möglich, weil bis zu diesem Zeitpunkt die Gesellschaft als Gesamthandsgemeinschaft noch besteht und deshalb dem Wiederaufleben begrifflich nichts im Wege steht.
Die wiederauflebende OHG ist dabei mit der ursprünglichen

---

(1) Baumbach-Duden, a.a.O., § 145, Anm. 2, B; BGH 1, S. 324;
(2) Hueck, OHG, § 23, V, S. 256; Weipert a.a.O., § 131, Anm.13; RG 118, S. 339; BGH 1, S. 324.

Gesellschaft identisch (1), so daß eine Übertragung des Gesellschaftsvermögens nicht nötig ist.
Die wesentlichste Folge des Wiederauflebens der Gesellschaft ist, daß sich der Gesellschaftszweck wieder ändert; das Gesellschaftsziel ist erneut auf die Erwirtschaftung eines möglichst hohen Gewinnes gerichtet. Die Gesellschafter erhalten wieder die Rechte und Pflichten, die sie vor der Auflösung hatten, deshalb müssen die Befugnisse der Liquidatoren enden. Da die Gesellschaft fortbesteht und nur der Gesellschaftszweck wieder geändert wird, werden die von der Liquidationsgesellschaft vorgenommenen Rechtsgeschäfte nicht berührt, und die Haftung bleibt bestehen (2).

Die Gesellschafter können auch die Umwandlung der aufgelösten OHG in eine Kommanditgesellschaft beschliessen. Dadurch bleibt die Gesellschaft in ihrer Identität erhalten, da es sich ebenfalls um eine Personalgesellschaft mit gesamthänderischer Bindung des Gesellschaftsvermögens handelt(3). Daraus folgt, daß der Komplementär für die vor der Umwandlung eingegangenen Verbindlichkeiten unbeschränkt haftet. Die Kommanditisten haften nur bis zum Ablauf der Verjährungsfrist des § 159 HGB unmittelbar und unbeschränkt für die Schulden der Liquidationsgesellschaft.

Wird dagegen eine Kapitalgesellschaft gebildet, so handelt es sich dabei um eine Neugründung, die Identität der ursprünglichen Gesellschaft bleibt nicht erhalten. Deshalb müssen die einzelnen Vermögensstücke auf die neue Gesellschaft übertragen werden (4).

---

(1) Düringer-Hachenburg-Flechtheim a.a.O., § 139, Anm.1; Hueck OHG, § 6, V,2,S.43;
(2) Staub-Pinner a.a.O., § 131, Anm.4; RG 28, S. 130; sowie die ganze herrschende Lehre und Rechtsprechung;
(3) Düringer-Hachenburg-Flechtheim, a.a.O., § 139, Anm. 1;
(4) Hueck OHG, § 31, V, 4, S. 311; Staub-Hachenburg, GmbHG, § 61, Anm. 16, 18, 19.

Die Gesellschafter können alle diese Maßnahmen kraft ihrer eigenen Machtvollkommenheit in der Liquidation allein durchführen, da sie normalerweise damit die Interessen Dritter nicht beeinträchtigen. Die Liquidatoren als solche brauchen ihre Zustimmung nicht zu geben, selbst wenn sie durch einen Gerichtsbeschluß ernannt worden sind, da es sich dabei um rein gesellschaftsinterne Beschlüsse der Mitglieder handelt. Anders ist es nur beim Konkurs der Gesellschaft, dann ist den Gesellschaftern die Verfügungsmacht über das Gesellschaftsvermögen und damit auch über den Ablauf der Verwertung entzogen. Ebenso können schutzwürdige Interessen bei einem Gesellschafterkonkurs sowie bei der Kündigung der Gesellschaft durch einen Privatgläubiger beeinträchtigt werden. Der Konkursverwalter und der kündigende Privatgläubiger haben, wie schon ausgeführt, ein Recht auf Durchführung der Liquidation oder auf Abwicklung in der Form, die im Zeitpunkt ihres Eingreifens unter den Gesellschaftern vereinbart war. Daher bedarf eine abweichende Verwertung des Gesellschaftsvermögens oder die Rückverwandlung der Gesellschaft in eine werbende OHG ihrer Zustimmung (2).

B. Die Gesellschafter als Liquidatoren.

1. Der Liquidator

Für die werbende Gesellschaft bestimmt § 115 HGB, daß jeder Gesellschafter befugt ist, allein die Geschäfte zu führen und die Gesellschaft zu vertreten. Die anderen geschäftsführenden Gesellschafter haben nur ein Widerspruchsrecht gegen die von ihm vorgenommenen

---

(1) Hueck, OHG, § 31, III, S. 348; Weipert, a.a.O., § 145, Anm. 23; Düringer-Hachenburg-Flechtheim, a.a.O., §145, Anm. 15;
(2) Weipert, 1. Aufl., §145, Anm. 29; Ritter, a.a.O. §145, Anm. 5; RG 90, S. 20; 91, S. 431.

Geschäfte. Diese Regelung setzt voraus, daß zwischen den Gesellschaftern ein Vertrauensverhältnis besteht und jeder sich darauf verlassen kann, daß der andere seine weitreichenden Befugnisse nicht mißbraucht. Nachdem in der Liquidationsgesellschaft diese Vertrauensgrundlage weggefallen sein kann und dazuhin die Einzelgeschäftsführung zum schnellen Abschluß von Geschäften nicht mehr nötig ist, müssen für die Gesellschaft in der Liquidation andere Grundsätze gelten. Mit der Auflösung der OHG erlischt deshalb die Geschäftsführungsbefugnis und die Vertretungsmacht der Gesellschafter, wie sie in der werbenden Gesellschaft galt. Dies geschieht ipso jure mit dem Eintritt der Auflösung, es bedarf dazu keiner weiteren Maßnahme. Dabei ist es einerlei, ob die Geschäftsführung aufgrund der gesetzlichen Regelung oder nach vertraglichen Abmachungen ausgeübt wurde (1).

An die Stelle der geschäftsführenden Gesellschafter treten nun die Liquidatoren, die die Maßnahmen der Geschäftsführung in der Liquidation vorzunehmen haben.

Bei dieser Liquidationstätigkeit handelt es sich zwar nicht mehr um die eigentliche Geschäftsführung, wie sie vom Gesetz verstanden wird. Nach der Terminologie des Gesetzes müßte man streng genommen von der "Liquidationstätigkeit"sprechen. Es wird aber hier zur Vereinfachung und entsprechend der allgemeinen Übung in der Literatur auch für das Liquidationsstadium der Gesellschaft von Geschäftsführung gesprochen, ohne daß dabei der Unterschied zwischen werbender Geschäftsfühung und Liquidationstätigkeit verkannt werden soll.

---

(1) Hueck,OHG, § 32, IV, 1, S. 359; Baumbach-Duden a.a.O., §146, Anm. 1; RG 5, S. 10; KG in KGJ 33, A 188; ROHG 10, S. 317; OLG Celle in Recht 05, S. 22.

Nach der Auflösung der Gesellschaft kann unter den Gesellschaftern das Vertrauen weggefallen sein, außerdem wird jeder Gesellschafter an der Teilnahme bei den Liquidationsgeschäften stark interessiert sein, weil es dabei auch um die Verwertung eines Teiles seines eigenen Vermögens geht. Deshalb gibt das Gesetz in § 146 HGB jedem Gesellschafter das Recht und die Pflicht, sich durch Mitübernahme der Geschäftsführung an der Durchführung der Liquidation zu beteiligen. Dieses Recht der Gesellschafter kann jedoch im Gesellschaftsvertrag abbedungen werden, und ein oder alle Gesellschafter können von der Stellung als Liquidator ausgeschlossen sein.

Damit ist der Gesellschafter nach der gesetzlichen Regelung nicht mehr auf die ordnungsgemässe Geschäftsführung der Mitgesellschafter angewiesen, sondern kann unmittelbar auf die Liquidationsgeschäfte Einfluß nehmen. Dieses Recht der Gesellschafter ist unabhängig davon, ob sie vor der Auflösung der Gesellschaft Geschäftsführungsberechtigung hatten oder ihnen sogar nach § 117 HGB die Geschäftsführungsbefugnis durch einen Gerichtsbeschluß entzogen worden war(1). Die Liquidatorenstellung ist dabei eine Folge der Mitgliedschaft und diese Stellung nimmt der Gesellschafter automatisch mit der Auflösung ein, ohne daß es einer Annahmeerklärung bedarf (2). Deshalb wird auch ausgeführt, daß der Gesellschafter "geborener" Liquidator sei. An die Stelle des verstorbenen Gesellschafters tritt dabei dessen Erbe. Sind mehrere Erben vorhanden, so haben diese nach § 146, Satz 2 HGB einen Vertreter zu bestellen.

---

(1) Schlegelberger-Geßler, a.a.O., § 146, Anm. 2; Weipert, a.a.O., §146, Anm. 3; Hueck, OHG, § 32, IV,2, S. 360,361; Peters, a.a.O., S. 15;
(2) Hueck, OHG, §32, IV, 2, b, S. 360,361.

Für den in Konkurs gefallenen Gesellschafter wird dessen Konkursverwalter Liquidator.

Da die Gesellschafter aber jederzeit von den gesetzlichen Bestimmungen über die Abwicklung der Gesellschaft abweichen können, ist es ihnen möglich, auch gesetzlich nicht berufene Personen als Liquidatoren zu ernennen. Dies kann schon im ursprünglichen Gesellschaftsvertrag geschehen sein, dann sind die Gesellschafter und die anderen Liquidationsbeteiligten im Zeitpunkt der Auflösung bis zu einer anderen Einigung daran gebunden. Auch nach der Auflösung können neben oder anstatt den Liquidatoren durch gemeinsamen Beschluß beliebige Personen zur Führung der Abwicklungsgeschäfte berufen werden. Dies kann auch durch einen Mehrheitsbeschluß geschehen, falls der Gesellschaftsvertrag dies vorsieht. Dabei handelt es sich um einen Beschluß, durch den der ursprüngliche Gesellschaftsvertrag geändert oder ergänzt wird. Deshalb müssen zur Wirksamkeit dieses Beschlusses alle Liquidationsbeteiligten mit Ausnahme des kündigenden Privatgläubigers zustimmen. Da dieser kein Recht auf Einblick in die gesellschaftsinternen Angelegenheiten hat, könnte er bei einer Beschlußfassung nicht so abstimmen, wie es das Wohl der Gesellschaft verlangen würde. Sein Mitwirkungsrecht wäre deshalb störend. Zu seinem Schutz gibt ihm aber das Gesetz in § 146, III HGB das Recht, die Bestellung eines Liquidators zu beantragen (1).
Mit der Ernennung anderer Liquidatoren sind, wenn sich aus dem Beschluß nichts anderes ergibt, normalerweise die gesetzlichen Liquidatoren abberufen.
Die Gesellschafter können jede Person, auch den in Konkurs gefallenen Gesellschafter als Liquidator bestellen. Auch juristische Personen, wie Treuhandgesellschaften oder Banken, sind als Liquidatoren

---

(1) Weipert, a.a.O., § 146, Anm. 33; Schlegelberger-Geßler, a.a.O., § 146, Anm. 10; Hueck, OHG, § 32, IV, 2, a, S. 359.

möglich (1). Dies war früher sehr bestritten (2), jedoch läßt § 266, Abs. I, II AKt.G für die Aktiengesellschaft ausdrücklich eine juristische Person als Liquidator zu und das muß auch für die OHG gelten. Die Gesellschafter können die Auswahl der Liquidatoren auch einer dritten Person überlassen (3), dies kann für einen Kreditgeber zur Überwachung der Geschäftsführung von Bedeutung sein.
Die Bestellung der Liquidatoren ist auch stillschweigend möglich, wenn die Gesellschafter nach der Auflösung die Geschäftsführung eines oder mehrerer Gesellschafter dulden und sich in keiner Weise um ihre Liquidatorenstellung kümmern(4).
Nach dem Wortlaut des § 146, Abs. II HGB kann bei Vorliegen eines wichtigen Grundes die Ernennung von Liquidatoren auf Antrag durch das Amtsgericht erfolgen. Dieses Antragsrecht hat jeder Liquidationsbeteiligte, auch der kündigende Privatgläubiger. Von mehreren Erben ist jeder einzelne antragsberechtigt, da nach § 2038 BGB jeder Erbe selbständig eine zur Erhaltung des Nachlasses notwendige Maßnahme treffen kann(6).
Dieses Antragsrecht der Liquidationsbeteiligten kann nicht durch eine vertragliche Vereinbarung ausgeschlossen oder wesentlich eingeschränkt werden (7). Auch die Vereinbarung der gemeinsamen Ausübung des Antragsrechtes ist unzulässig. In der Liquidation tritt das Recht des einzelnen Gesellschafters auf dem ihm zustehenden Anteil am Gesellschaftsvermögen in den Vordergrund. Da ohne die

---

(1) Düringer-Hachenburg-Flechtheim,a.a.O.,§146, Anm. 10; Schlegelberger-Geßler, a.a.O.,§146,Anm. 13; Weipert, a.a.O., §146,Anm.35; Hueck,OHG,§32,IV,2,b,S.360;
(2) Anderer Ansicht sind: Lehmann-Ring,a.a.O.,§146,2; Ritter,a.a.O.,§146,Anm.4;Brodmann,in JW 1930,S.1411;
(3) Düringer-Hachenburg-Flechtheim,a.a.O.,§146,Anm.9; Weipert,a.a.O.,§146,Anm.31; Anderer Ansicht sind: Schlegelberger-Geßler,a.a.O.,§146,Anm.14; Staub-Pinner,a.a.O.,§146,Anm.1;
(4) Gundelsheimer,a.a.O.,S.16;
(5) Staub-Pinner,a.a.O.,§146,Anm.7;
(6) Schlegelberger-Geßler,a.a.O.,§146,Anm.18;Staub-Pinner,a.a.O.,§146,Anm.7;
(7) Ritter,a.a.O., §146, Anm. 7;
(7) Hueck,OHG, § 32, IV,2,c,S.362.

Möglichkeit des § 146,II HGB eine Änderung in der Geschäftsführung nur mit der Zustimmung der anderen Gesellschafter vorgenommen werden kann, braucht der einzelne Liquidationsbeteiligte zu seiner Sicherung ein ihm allein zustehendes Antragsrecht nach § 146, II HGB. Hätten die Liquidationsbeteiligten dieses Antragsrecht nicht, so wären sie in der Wahrnehmung ihrer Interessen beschränkt und könnten gegen die Geschäftsführung eines für sie untragbaren Liquidators ohne die Mitwirkung der anderen Liquidationsbeteiligten nichts unternehmen. Eine derartige Bindung könnte gegen die guten Sitten verstossen. Der Antrag auf Ernennung eines oder mehrerer Liquidatoren nach § 146, II HGB kann schon vor der Auflösung gestellt werden, um zu verhindern, daß entweder die gesetzliche oder die vertragliche Regelung über die Geschäftsführung mit der Auflösung in Kraft tritt. Die Antragsstellung bleibt bis zur Verteilung des Liquidationserlöses möglich (1).

Bei der Ernennung der Liquidatoren ist das Gericht frei und nicht an eventuelle persönliche Wünsche des Antragstellers gebunden. Vom Gesetz wird nicht vorausgesetzt, daß durch die gerichtliche Ernennung die seitherigen Liquidatoren abberufen sein sollen (2). Diese können ihre Tätigkeit neben den gerichtlich bestellten ausüben. Daneben ist es aber möglich, daß mit der Ernennung einer oder alle Liquidatoren abberufen werden. Dies muß sich aber aus dem betreffenden Beschluß ergeben. Teilweise wird die Ansicht vertreten (3), es sei im Zweifel anzunehmen, daß die gerichtlich bestellten Liquidatoren an die Stelle der seither berufenen treten sollen. Dies ist jedoch abzulehnen, da dazu ein ausdrücklicher Beschluß notwendig wäre.

---

(1) Schlegelberger-Geßler,a.a.O.,§146,Anm.19;Veipert,a.a.O., § 146, Anm.50; Hueck,OHG,§32,IV,2,c,S.362; KGinOLGE 9, S. 262; 43, S.290;
(2) Baumbach-Duden,a.a.O.,§146,Anm.4,b;
(3) Düringer-Hachenburg-Flechtheim,a.a.O.,§146,Anm.13; Hueck,OHG,§32,IV,2,c,S.362.

Das Gericht darf dem von ihm ernannten Liquidator aber keine Weisungen erteilen und ihn in seinen Befugnissen nicht beschränken (1).

Verstirbt ein Gesellschafterliquidator, so ist die Folge für die Mitgesellschafter je nach seinem Berufungsgrund verschieden. An die Stelle des gesetzlich berufenen Liquidators tritt automatisch dessen Erbe oder ein von den Erben zu bestellender Vertreter, der die Stellung als Liquidator einnehmen soll (§ 146, II HGB). Fällt der durch vertragliche Vereinbarung berufene Gesellschafterliquidator weg, so ist es eine Frage der Auslegung der Vereinbarung, ob die übrigen Liquidatoren allein verbleiben sollen, oder ob auch diese ihre Stellung verlieren und die gesetzliche Regelung zur Anwendung kommen soll (2). Der Erbe des verstorbenen "gekorenen" Liquidators tritt im Zweifel aber nicht in dessen Stellung ein. Fällt ein gerichtlich bestellter Gesellschafterliquidator weg, so wird sein Erbe nicht Liquidator, sondern die übrigen Liquidatoren üben ihre Befugnisse allein aus. War der Verstorbene alleiniger Liquidator, so treten die gesetzlichen Liquidatoren an seine Stelle.
Gerät ein Gesellschafterliquidator in Konkurs, so tritt nur bei dessen gesetzlicher Berufung zu diesem Amt der Konkursverwalter an seine Stelle; in allen anderen Fällen behält der Gesellschafter seine Liquidatorenstellung (3). Anderer Ansicht ist Duden (4), der den Konkursverwalter immer in

---

(1) Weipert,a.a.O.,§146,Anm.67; Baumbach-Duden,a.a.O., §146,Anm.2c;
(2) Weipert,a.a.O.,§147,Anm.5;Ritter,a.a.O.,§147,Anm.2;
(3) Weipert,a.a.O.,§147,Anm.5;Ritter,a.a.O.,§147,Anm.2;
(4) In Baumbach-Duden,a.a.O.,§146,Anm.2,A;

die Liquidatorenstellung des Gemeinschuldners einrücken lassen will. Dies ist jedoch abzulehnen, da der Konkursverwalter nur in die Rechte des Gesellschafters eintreten kann, die aus der Mitgliedschaft fliessen. Aus der Mitgliedschaft allein ergibt sich aber nur das Amt des gesetzlich berufenen Liquidators. Wurde der Gemeinschuldner durch Vereinbarung der Mitgesellschafter oder durch Gerichtsbeschluß als Liquidator berufen, so beruht die Berufung auf dem Vertrauen der Mitgesellschafter oder auf sonstigen Gründen, die nicht unmittelbar mit der Mitgliedschaft zusammenhängen.

1. Die Pflicht zur Übernahme der Liquidatorenstellung.

Für den werbenden Zustand der OHG bestimmt § 114 HGB, daß die Führung der Geschäfte ein Recht und eine Pflicht für die Gesellschafter sei.
Dasselbe bestimmt § 146, I HGB für die Liquidation, soweit die Gesellschafter aufgrund dieser Vorschrift "geborene" Gesellschafter sind. In der älteren Literatur (1) wurde überwiegend die Ansicht vertreten, daß die Übernahme des Liquidatorenamtes nur ein Recht, nicht aber eine Pflicht für die Gesellschafter sei. Heute wird jedoch allgemein angenommen, daß es sich dabei auch um eine Pflicht handelt.
Für die Klärung der Frage muß unterschieden werden, ob die Berufung zum Liquidatorenamt auf Gesetz, Vertrag oder Gerichtsbeschluß beruht.
Die gesetzlich berufenen Liquidatoren bekommen diese Stellung kraft ihrer Mitgliedschaft in der Gesellschaft. Aus der Mitgliedschaft folgt die Pflicht, im Liquidationsstadium der Gesellschaft die Abwicklung zu fördern. Der wichtigste Teil dieser Pflicht ist wie bei der werbenden Gesellschaft die Pflicht zur Führung der Abwicklungsgeschäfte, für die normalerweise Gesamtgeschäftsführung gilt. Demnach ergibt sich diese Pflicht

(1) Keyssner in ZHR 10,S. 339; Renaud a.a.O., S. 540; Behrend a.a.O.,§81,IV,S.569;Anschütz-v.Voelderndorff, a.a.O.,Art.133,N.II,S.297.

schon aus der Mitgliedschaft und war mit der Entstehung des Gesellschaftsverhältnisses begründet. Die Untätigkeit eines Gesellschafters in der Liquidation würde dazuhin die Arbeit und die Verantwortung der Mitgesellschafter erhöhen und damit gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung der Gesellschafter verstossen. Deshalb hat jeder Gesellschafter einen klagbaren Anspruch auf Mitwirkung bei den Liquidationsgeschäften. Dies wird auch von der Lehre und Rechtsprechung angenommen.

Die Pflicht zur Übernahme des gesetzlichen Liquidatorenamtes gilt jedoch nicht in jedem Fall. Aus einem wichtigen Grunde kann der Gesellschafter die Übernahme der Liquidatorenstellung ablehnen. Das Treueverhältnis kann von den Mitgesellschaftern verlangen, daß sie bei Vorliegen von triftigen Gründen auf die Mitwirkung eines Gesellschafters bei den Liquidationsgeschäften verzichten. Dies ist eine Wirkung der engen persönlichen Verbundenheit der Gesellschafter, wie sie auch in der Regelung des § 712 II BGB zum Ausdruck kommt. Die Möglichkeit, das Liquidatorenamt bei Vorliegen von wichtigen Gründen abzulehnen, wird auch von der Lehre und Rechtsprechung anerkannt (2).

Hat der Gesellschafter dagegen die Liquidatorenstellung aufgrund einer Vereinbarung unter den Gesellschaftern übernommen oder zu übernehmen, so hat er keine Möglichkeit, diese Verpflichtung grundlos abzulehnen (3). Er ist im allgemeinen durch seine Zustimmung an die Vereinbarung gebunden. Dies gilt auch für Mehrheitsbeschlüsse, nur daß sich der Gesellschafter dann in-

---

(1) Weipert,a.a.O.,§146,Anm.29;Staub-Pinner,a.a.O.,§46, Anm.5;Müller-Erzbach,a.a.O.,Kap.45,B,S.221;Baumbach-Duden,§146,Anm.2b;Düringer-Hachenburg-Flechtheim,a.a.O., §146,Anm.5;

(2) Baumbach-Duden,a.a.O.,§147,Anm.2b,Düringer-Hachenburg-Flechtheim,§146,Anm.5;Schlegelberger-Geßler,a.a.O., §146,Anm.8;Weipert,a.a.O.,§146,Anm.29;Staub-Pinner, a.a.O.,§146,Anm.5; Hueck,OHG,§32,IV,3,d,S.364; anderer Ansicht ist nur Ritter,a.a.O.,§146,Anm.2;

(3) Hueck,OHG,§32,IV,3,d,S.364;Weipert,a.a.O.,§146,Anm.29.

direkt bei der Vereinbarung des Mehrheitsprinzips für alle danach ergehenden Beschlüsse gebunden hat (1). Duden (2) will den Gesellschafter, der in der werbenden Gesellschaft Geschäftsführer war, auch durch einen an sich nicht wirksam vereinbarten Mehrheitsbeschluß zur Übernahme des Liquidatorenamtes verpflichten. Dies ist jedoch abzulehnen, da ein Mehrheitsbeschluß ohne vereinbartes Mehrheitsprinzip den Gesellschafter zu nichts verpflichten kann.

Wird ein Gesellschafter durch einen Gerichtsbeschluß nach § 146 II HGB zum Liquidator ernannt, so ist er zur Übernahme des Amtes nicht verpflichtet. Eine derartige Verpflichtung würde ebenfalls gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz verstoßen, da sie die Arbeit und Verantwortung eines Gesellschafters gegenüber den Mitgesellschaftern erhöhen würde. Sie würde sich praktisch wie eine einseitige Erhöhung des Beitrages dieses Gesellschafters auswirken, was ohne die Zustimmung des Betreffenden aber nicht wirksam sein kann. Dazuhin besteht auch kein öffentliches Interesse an der Verwirklichung eines solchen Gerichtsbeschlusses, der die Ernennung zum Liquidator ausspricht. Bei diesem handelt es sich lediglich um die Schlichtung einer Parteistreitigkeit durch das Gericht, von der die Gesellschafter selbst jederzeit abweichen können.

Die Pflicht zur Übernahme besteht auch dann nicht, wenn der Gesellschafter schon im Gesellschaftsvertrag als einziger der Gesellschafter sich bereiterklärt hatte, neben Dritten Liquidator zu werden, und er im Zeitpunkt der Ernennung durch das Gericht die Tätigkeit als Liquidator aus irgendwelchen Gründen nicht ausübt.

---

(1) Düringer-Hachenburg-Flechtheim, a.a.O., §146, Anm.11; Lehmann-Ring, a.a.O., §146, Nr.1; Hueck OHG, §32,IV,2, a, S.359; anderer Ansicht sind Staub-Pinner, a.a.O., §146, Anm.2; Disdorn, a.a.O., S.64;
(2) a.a.O.,§146, Anm.3.

Weipert (1) will dagegen den Gesellschafter in diesem Fall zur Übernahme verpflichten, wenn er auch ohne Zustimmung zum Liquidator hätte ernannt werden können, wie dies bei der Geltung des Mehrheitsprinzips möglich wäre. Eine derartige Verpflichtung des Gesellschafters würde aber in Widerspruch zum Gleichbehandlungsgrundsatz stehen und ist deshalb abzulehnen. Außerdem geht der Vergleich mit der Berufung durch einen Mehrheitsbeschluß fehl, da der Gesellschafter zunächst der Geltung des Mehrheitsprinzips zugestimmt hat und sich deshalb allen Mehrheitsbeschlüsses unterwerfen muß.

Für die Nichtgesellschafter besteht dagegen niemals eine Pflicht zur Übernahme des ihnen angebotenen Liquidatorenamtes. Zwischen ihnen und der Gesellschaft besteht zunächst kein Rechtsverhältnis, auf das sich eine solche Verpflichtung gründen könnte. Wenn Dritte das ihnen angebotene Liquidatorenamt annehmen, geschieht dies immer auf rein freiwilliger Basis. Dies gilt nach dem oben Ausgeführten aber nicht für den Erben und den Konkursverwalter eines Gesellschafters.

b. Die Niederlegung des Liquidatorenamtes.

Das Gesetz sieht eine Niederlegung des angetretenen Liquidatorenamtes nicht vor. Daß ein Gesellschafter dieses Amt auch nicht ohne weiteres niederlegen kann, ergibt sich schon daraus, daß er normalerweise zur Übernahme durch das Gesellschaftsverhältnis verpflichtet ist. Denn die Pflicht zur Übernahme des Amtes enthält auch die Pflicht, die Liquidation durchzuführen.
Es wird jedoch allgemein angenommen, daß der Gesellschafter bei Vorliegen eines wichtigen Grundes berechtigt sein

(1) a.a.O.,§146, Anm.63.

soll, das Liquidatorenamt niederzulegen.(1). Dabei gilt dasselbe, was oben für die Ablehnung der Übernahme des Liquidatorenamtes ausgeführt wurde (Seite 56, Absch.2). Daneben hat der Gesellschafterliquidator auch die Möglichkeit, seine eigene Abberufung aus einem wichtigen Grunde nach § 147 HGB beim zuständigen Amtsgericht zu beantragen.

Der Nichtgesellschafter kann dagegen das Dienstverhältnis mit der Liquidationsgesellschaft nur nach den vertraglichen oder gesetzlichen Bestimmungen des Anstellungsvertrages kündigen. Normalerweise gelten dafür die Bestimmungen der §§ 621 ff BGB; war die Tätigkeit des Fremdliquidators unentgeltlich, so gilt § 671 BGB. Der Fremdliquidator hat nicht die Möglichkeit, seine Abberufung beim Amtsgericht nach § 147 HGB zu beantragen (2). Dies wird zwar im allgemeinen angenommen (3), dagegen spricht aber schon der Wortlaut des § 147, Halbsatz 2 HGB, wonach nur die Liquidationsbeteiligten dieses Antragsrecht haben. Zu diesen Liquidationsbeteiligten gehört der Fremdliquidator aber nicht. Nach der Terminologie des Gesetzes werden darunter nur die Gesellschafter, die Erben, der Konkursverwalter und der kündigende Privatgläubiger eines Gesellschafters verstanden. Außerdem besteht keine Notwendigkeit, dem Fremdliquidator dieses Antragsrecht zu geben, da er auf Grund des Vertragsverhältnisses die Möglichkeit der normalen, gesetzlichen Kündigung hat. Anders ist es dagegen für den Gesellschafterliquidator, dem das vertragliche Kündigungsrecht nicht zusteht und der deshalb das Antragsrecht benötigt, um seine Abberufung vom Liquidatorenamt durchsetzen zu können.

---

(1) Düringer-Hachenburg-Flechtheim a.a.O.,§147, Anm.7; Schlegelberger-Geßler a.a.O.,§146, Anm.8; Weipert a.a.O.,§146, Anm.29; Baumbach-Duden a.a.O.,§147, Anm.2; Hueck OHG,§32,IV,3,d, S.364; Goldmann a.a.O.,§147, Anm. 8; Disdorn a.a.O., S.71; Behrend a.a.O.,§81,IV, S.170; anderer Ansicht ist nur Ritter a.a.O.,§146, Anm.2;
(2) Goldmann a.a.O.,§148, Nr.8, S.656; Siquet a.a.O., S.28;
(3) Baumbach-Duden a.a.O.,§147, Anm.1,D.

c. Die Vergütung der Liquidatoren.

Da für die Gesellschafterliquidatoren die Tätigkeit als Liquidator eine Pflicht ist, die sich aus dem Gesellschaftsverhältnis ergibt, haben sie keinen Anspruch auf eine Vergütung für diese Tätigkeit (1). Dies war auch in § 93 a HGB des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuches normiert, der aber in das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897 nicht übernommen wurde.
Für die Vergütung macht es keinen Unterschied, ob der Gesellschafter durch Gesetz, Vereinbarung oder Gerichtsbeschluß als Liquidator berufen wurde. Auch wenn ein Gesellschafter Liquidator im werbenden Zustand der Gesellschaft Geschäftsführer war und für diese Tätigkeit eine Vergütung beanspruchen konnte, hat er keinen Anspruch auf eine Vergütung für seine Tätigkeit in der Liquidationsgesellschaft. Dieser Anspruch auf Vergütung für die Geschäftsführung geht mit dem Zeitpunkt der Auflösung unter. Denn mit der Auflösung der werbenden Gesellschaft wird dieser Anspruch wie alle Einzelansprüche der Gesellschafter durch den Gesamtanspruch auf das Liquidationsergebnis ersetzt (2).
Es ist auch gerechtfertigt, daß der Gesellschafter seinen ursprünglichen Anspruch auf Vergütung verliert, weil die Liquidationstätigkeit im allgemeinen weniger Arbeit erfordert als die Geschäftsführung in der werbenden Gesellschaft. Die Gesellschafter können jedoch eine Vergütung für den Gesellschafterliquidator vereinbaren. Der ernannte Gesellschafter kann auch die Übernahme des Liquidatorenamtes von der Festsetzung einer angemessenen Vergütung abhängig machen, da er gegenüber den Mitgesellschaftern ein erhöhtes Maß an Arbeit und Verantwortung übernehmen soll (3).
Beim Fremdliquidator richtet sich der Anspruch auf die Vergütung nach dem mit der Gesellschaft abgeschlossenen Dienstvertrag. Er kann den ihm zustehenden Anspruch auf Vergütung gegen die Liquidationsgesellschaft und gegen

---

(1) Dürimger-Hachenburg-Flechtheim a.a.O.,§146, Anm.19; Baumbach-Duden a.a.O.,§151, Anm.1; Hueck OHG §32,IV,7, S.372; BGH 17,301;
(2) Hueck OHG §32,IV,7, S.372; Urias a.a.O., S.50
(3) Schlegelberger-Geßler a.a.O.,§146, Anm.24.

jeden einzelnen Gesellschafter geltend machen.
Hat der Gesellschafterliquidator einen Anspruch auf Vergütung, so muß er zunächst versuchen, sich aus dem Gesellschaftsvermögen zu befriedigen. Dazu ist er auf Grund des gesellschaftlichen Treueverhältnisses verpflichtet. Kann er jedoch aus der Liquidationsmasse keine Befriedigung erlangen, so muß er mit der Geltendmachung seines Anspruches gegenüber den Mitgesellschaftern bis zur Erstellung der Liquidationsschlußbilanz warten. Erst zu diesem Zeitpunkt läßt sich aus den endgültigen Kapitalkonten im Zusammenhang mit dem unter den Gesellschaftern geltenden Maßstab der Tragung eines Verlustes feststellen, wieviel er von dem einzelnen Mitgesellschafter verlangen darf. Das gegenseitige Treueverhältnis verbietet ihm, von einem Mitgesellschafter mehr zu fordern, als dieser im Innenverhältnis zu tragen verpflichtet ist. Er darf den Mitgesellschafter keinesfalls auf den Regreßweg verweisen. Aus diesen Gründen muß die von einem Teil der Literatur (1) vertretene Ansicht, der Gesellschafterliquidator könne auch schon vor Errichtung der Liquidationsschlußbilanz von seinen Mitgesellschaftern die Vergütung verlangen, abgelehnt werden.

2. Die Geschäftsführung für die Liquidationsgesellschaft.

Aus § 150 HGB ergibt sich, daß mehrere Liquidatoren die Geschäfte nur gemeinsam führen dürfen. Diese Vorschrift bezieht sich nicht nur, wie es scheinen könnte und so von Makower (2) angenommen wurde, auf die Vertretungsmacht, sondern auch auf die Geschäftsführung der Liquidatoren (3).

---

(1) Hueck OHG §32,IV,7, S.372; Schlegelberger-Geßler a.a.O., §146, Anm.24;
(2) a.a.O.,§150, Anm.III;
(3) Düringer-Hachenburg-Flechtheim a.a.O.,§150, Anm.2; Staub-Pinner a.a.O., Einl. zu §150; Weipert a.a.O., §150, Anm.2.

Die umständliche, langsam arbeitende, aber ungefährliche Gesamtgeschäftsführung kann in der Liquidation wegen des möglichen Mißtrauens zwischen den Gesellschaftern und der Teilnahme von dritten Personen als Liquidatoren erforderlich sein. Jedes Geschäft erfordert demnach die Zustimmung aller Liquidatoren. Dies gibt dem einzelnen Liquidator eine wesentlich andere Stellung, als sie der geschäftsführende Gesellschafter in der werbenden Gesellschaft normalerweise nach der Regelung des § 115 HGB hat. Für ihn erhebt sich nicht nur die einfachere Frage, ob er einem bestimmten Geschäft widersprechen soll, sondern er muß jedes geplante Geschäft auf seine günstige Auswirkung für die Abwicklung prüfen. Er kann dabei die Zustimmung nicht nach eigenem Ermessen geben oder verweigern, sondern muß stets den Liquidationszweck beachten. Der Liquidator ist verpflichtet, zu jedem Geschäft Stellung zu nehmen. Bei einer Verweigerung der Zustimmung muß er hierfür die Gründe angeben. Wäre die Zustimmung im Interesse der Abwicklung erforderlich, so stellt seine Verweigerung eine Pflichtverletzung dar (1). Die Liquidatoren können von einem Liquidator nur dann die Zustimmung zur Vornahme eines Geschäftes verlangen, wenn diesen eine Rechtspflicht zur Zustimmung trifft, sich die Verweigerung also als eine Pflichtverletzung darstellt. Für den Gesellschafterliquidator kann sich dies aus der Verletzung der gesellschaftlichen Treuepflicht, für den Fremdliquidator aus der Verletzung des Anstellungsvertrages ergeben. Die Frage, ob im konkreten Fall eine Pflichtverletzung vorliegt, kann bei einer Meinungsverschiedenheit weder von den Mitliquidatoren noch von den Gesellschaftern endgültig entschieden werden. Dazu ist vielmehr, soweit der Gesellschaftsvertrag keine andere Regelung vorsieht, eine Entscheidung des Gerichtes herbeizuführen.

---

(1) Baumbach-Duden a.a.O., §151, Anm.4; Düringer-Hachenburg-Flechtheim a.a.O., §115, Anm.10; Schlegelberger-Geßler a.a.O., §150, Anm.4; Hueck OHG §10,IV, S.97; Ritter a.a.O., §115, Anm.9; Brand a.a.O., §115, Anm.3a; RG 97, 331

So können zwar die Mitliquidatoren das Geschäft ohne die Zustimmung des sich weigernden Liquidators durchführen. Denn ein pflichtwidrig seine Zustimmung versagender Liquidator kann sich nicht auf die Unwirksamkeit des Rechtsgeschäftes mit der Begründung berufen, er habe seine Zustimmung nicht gegeben. Dies wäre ein Fall der unzulässigen Rechtsausübung. Diese Ansicht wird auch vom BGH (1) und der Lehre (2) vertreten. Es wird aber nicht auf die sich aus einem solchen Vorgehen ergebenden möglichen Folgen hingewiesen. Stellt sich heraus, daß die Weigerung des Liquidators keine Verletzung seiner Pflichten war, so braucht die Liquidationsgesellschaft das Geschäft nicht gegen sich gelten zu lassen. Die Liquidatoren hatten in diesem Fall keine Geschäftsführungsbefugnis und keine Vertretungsmacht. Wird der Dritte in seinem guten Glauben an die Vertretungsmacht auf Grund des Auftretens der Liquidatoren nicht geschützt, haften diese für ihr Vorgehen nach § 179 BGB allein als Vertreter ohne Vertretungsmacht. Deshalb kann es für die Liquidatoren gefährlich sein, ein Rechtsgeschäft trotz der Weigerung eines Mitliquidators durchzuführen, ohne endgültig geklärt zu haben, ob dessen Verweigerung eine Rechtspflichtverletzung war.

Es ist auch fraglich, ob der pflichtwidrig seine Zustimmung verweigernde Liquidator von den Gesellschaftern zur Erteilung der Zustimmung gezwungen werden kann. Zum Teil wird ausgeführt (3), daß das Gericht in die Liquidatorentätigkeit nicht eingreifen dürfe. Dagegen spricht jedoch die Zweckmäßigkeit, da sonst ein notwendiger Akt der Geschäftsführung bei einem sich weigerndem Liquidator unterbleiben müßte. Deshalb brauchen die Gesellschafter die Möglichkeit, die Zustimmung eines Liquidators im Klagewege zu erzwingen. Voraussetzung dafür ist allerdings, daß es sich nicht nur um eine Meinungsverschiedenheit über die Sachdienlichkeit eines Geschäftes handelt, sondern daß ein

(1) BGH 31, S.295 ff;
(3) RG 12, S.32; Ritter a.a.O., §150, Anm.2;
(2) Schlegelberger-Geßler a.a.O., §115, Anm.8; Weipert, a.a.O., §115, Anm.8; Hueck OHG § 10, III,5, S.96.

Verstoß gegen die Gesellschaftstreue oder eine Vertragsverletzung vorliegt.
Ist der seine Zustimmung verweigernde Liquidator Gesellschafter, so kann dieser Anspruch gemeinsam von den übrigen Gesellschaftern, aber auch von jedem einzelnen Gesellschafter geltend gemacht werden. Dies ergibt sich aus dem Gesellschaftsverhältnis (actio pro socio)(1). Bei einem Fremdliquidator hat dagegen nur die Gesamtheit der Gesellschafter diesen Anspruch, der einzelne kann aus dem mit der Gesellschaft abgeschlossenen Anstellungsvertrag keine Rechte herleiten.
Daneben können die Gesellschafter die ihnen unbequemen Liquidatoren entweder durch einen gemeinsamen Beschluß oder durch Gerichtsbeschluß abberufen lassen (§147 HGB).

Die Gesamtgeschäftsführung erfordert jedoch nicht, daß jedes Geschäft grundsätzlich von allen Liquidatoren gemeinsam vorgenommen wird. Die vorherige Zustimmung zu einer Reihe gleichartiger Geschäfte ist möglich. Dagegen ist es nicht zulässig, daß die Liquidatoren einem Mitliquidator die Einwilligung zu allen künftig vorzunehmenden Geschäften geben. Dies würde praktisch der Geltung der Einzelgeschäftsführung gleichkommen, die von allen Liquidationsbeteiligten beschlossen werden müsste (2). Das gleiche gilt für die Zustimmung eines Liquidators zu allen zukünftigen Geschäften (3).

Es ist zweifelhaft, ob die Vorschrift des § 115 Abs.II HGB auch in der Liquidation gilt; danach könnte ein Liquidator bei Gefahr im Verzuge allein Geschäfte vornehmen, ohne daß die Mitliquidatoren ihre Zustimmung geben müßten.

---

(1) h.L., so z.B. Weipert, a.a.O.,§150, Anm.4; Hueck,OHG, § 32,IV,5,d,S.369; Schlegelberger-Geßler,a.a.O.,§150, Anm.4; RG 97,S.331;
(2) Düringer-Hachenburg-Flechtheim,a.a.O.,§115,Anm.11; Schlegelberger-Geßler,a.a.O.,§115,Anm.19; Weipert, a.a.O.,§115,Anm.13; Hueck,OHG, §10,II,7,S.89;
(3) Hueck,OHG, §10,II,7,S.89; Schlegelberger-Geßler, a.a.O.,§115,Anm.19.

Der Zweck dieser Vorschrift ist, daß ein Geschäftsführer auch im Rahmen der Gesamtgeschäftsführung bei schnell zu treffenden Entscheidungen die anderen Geschäftsführer nicht zu hören braucht. Dadurch kann er schnell und wirksam die Gefahr durch seine eigene Tätigkeit bannen.

Die Anwendung dieser Vorschrift ist auch in der Liquidation erforderlich. § 156 HGB steht dem nicht entgegen. Es besteht vielmehr ein praktisches Bedürfnis für die Anwendung des § 115, Absatz 2 HGB, das sich aus der Haftung der Liquidatoren ergibt. Würde man die Anwendbarkeit des § 115, Absatz 2 HGB verneinen, so müßte man ein Geschäft bei Gefahr im Verzuge, das von einem Liquidator allein ausgeführt wurde, als Geschäftsführung ohne Auftrag mit der Haftung für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit nach § 680 BGB behandeln. Wird dagegen § 115, Absatz 2 HGB angewandt, so haften die Gesellschafterliquidatoren nach dem für alle Gesellschaftsangelegenheiten geltenden Maßstab des § 708 BGB für eigenübliche Sorgfalt. Die Fremdliquidatoren haften nach § 276 BGB sogar für Vorsatz und Fahrlässigkeit. Deshalb wird die Anwendung des § 115, Absatz 2 HGB auf die Liquidationsgeschäfte auch von der überwiegenden Lehre angenommen (1).

Bei Düringer-Hachenburg-Flechtheim (2) wird dagegen die Ansicht vertreten, daß § 115, Absatz 2 HGB nicht im Stadium der Liquidation der Gesellschaft zur Anwendung kommen könne. Die Liquidationsbeteiligten sollen bei Gefahr im Verzuge einem Liquidator Einzelgeschäftsführungsbefugnis erteilen. Diese Ansicht berücksichtigt aber den Zweck des § 115, Absatz 2 HGB nicht, da bei Gefahr im Verzuge im allgemeinen gerade keine Zeit mehr vorhanden sein wird, um durch einen Beschluß der Liquidationsbeteiligten Einzelgeschäftsführungsbefugnis zu erteilen.

---

(1) Baumbach-Duden, a.a.O., §151, Anm.4, a; Schlegelberger-Geßler, §150, Anm.3; Weipert, a.a.O., §150, Anm.3; anderer Ansicht ist nur die ältere Literatur, so Staub-Pinner, a.a.O., §150, Anm.2;

(2) a.a.O., §150, Anm.2.

Der Umfang der Geschäftsführungsbefugnis.

Da der Zweck der OHG mit der Auflösung der Gesellschaft auf die Abwicklung beschränkt wird, muß dementsprechend auch der Umfang der Geschäftsführung verändert sein. So zählt § 149, Absatz 1 HGB die einzelnen Maßnahmen auf, die die Liquidatoren zur Abwicklung vorzunehmen haben. Danach ist die Geschäftsführungsbefugnis der Liquidatoren auf die zur Abwicklung der Gesellschaft notwendigerweise vorzunehmenden Geschäfte beschränkt. Nach Satz 1, Halbsatz 2 dieser Vorschrift sollen neue Geschäfte nur zur Abwicklung der noch schwebenden Geschäfte eingegangen werden können. Schon das Reichsgericht (1) führte aus, daß der Begriff der schwebenden Geschäfte in § 149 HGB möglichst weit ausgelegt werden müsse, um dringenden Bedürfnissen des Geschäftslebens Rechnung tragen zu können.
Da der Zweck der Liquidation auch die Erhaltung vorhandener Vermögenswerte und deren möglichst günstige Verwertung erfaßt, müssen die Liquidatoren die Möglichkeit haben, neue Geschäfte einzugehen, soweit sie zur Erfüllung dieses Zweckes notwendig sind. Da demnach in der Liquidation alle Geschäfte vorgenommen werden dürfen, die für die günstige Abwicklung der Gesellschaft erforderlich sind, läßt sich objektiv schwer feststellen, ob das Geschäft im Rahmen der Geschäftsführungsbefugnis der Liquidatoren liegt. Der wirtschaftliche Zusammenhang mit der Liquidation, der von vielen Autoren (2) als Grenze für den Umfang der Geschäftsführungsbefugnis für ausreichend erachtet wird, genügt deshalb nicht. Die Gesellschafter müssen vielmehr den Willen haben, das für die Liquidation geeignete Geschäft auch zur Förderung der Abwicklung vorzunehmen (3).

---

(1) Band 72, S. 240;
(2) Baumbach-Duden, a.a.O., §151, Anm.2, E; Schlegelberger-Geßler, §149, Anm.16; Makower, a.a.O., §149, Anm.2; Ritter, a.a.O., §149, Anm.7; Bierast, a.a.O., S.12;
(3) Düringer-Hachenburg-Flechtheim, §149, Anm.6; Weipert, a.a.O., §149, Anm.6; Hueck, OHG, §32, IV, 5, b, S.366.

Für die Gesellschafterliquidatoren ergibt sich dies schon aus ihrer Mitgliedschaft, die sie verpflichtet, den Abwicklungszweck zu fördern. Die Drittliquidatoren haben diese Verpflichtung aufgrund des Anstellungsvertrages. Die Liquidatoren würden außerhalb ihrer Geschäftsführungsbefugnis handeln, wollten sie ein Geschäft vornehmen, das zwar objektiv ein Liquidationsgeschäft sein könnte, ihrem Willen nach aber nicht die Liquidation fördern soll.
Zum Teil wird es in der Literatur (1) für ausreichend angesehen, daß die Liquidatoren subjektiv die Geschäfte als für die Abwicklung notwendig erachten, ohne daß es auf den wirtschaftlichen Zusammenhang mit der Abwicklung ankomme. Der Wille der Liquidatoren allein kann aber zur klaren Abgrenzung nicht genügen. Es ist daneben das objektive Merkmal des wirtschaftlichen Zusammenhanges mit der Abwicklung erforderlich.

Diese Grenze der Geschäftsführungsbefugnis für die Liquidatoren ist aber nicht zwingend. Die Liquidationsbeteiligten können die Vornahme von Geschäften zulassen, die nicht im Zusammenhang mit dem Abbau der Gesellschaft stehen (2). Dazu muß ein entsprechender Beschluß unter Zustimmung aller Liquidationsbeteiligten gefaßt werden. Es handelt sich dabei um einen Grundlagenbeschluß, da die zu beschliessende Maßnahme außerhalb des in der Liquidation auf den Abbau des Gesellschaftsvermögens beschränkten Gesellschaftszweckes liegt.
In der Literatur wird zum Teil (3) angenommen, daß sich diese Möglichkeit schon aus der Weisungsbefugnis der Liquidationsbeteiligten nach § 152 HGB ergebe. Dies ist jedoch nicht der Fall, da Weisungen nach § 152 HGB, die außerhalb des Liquidationszweckes liegen,

---

(1) Düringer-Hachenburg-Flechtheim, a.a.O., §149, Anm.6;
(2) Schlegelberger-Geßler a.a.O., §151, Anm.5; Weipert a.a.O., §151, Anm.8; Staub-Pinner a.a.O., §151, Anm.5;
(3) Staub-Pinner a.a.O., §151, Anm.5; Makower a.a.O., §149, Nr.IV, d, S.392.

nur die Gesellschafterliquidatoren, nicht aber die Fremdliquidatoren binden. Während die Gesellschafter durch den Gesellschaftsvertrag oder ihre eigene Zustimmung an die Weisungen gebunden sind, müssen die Fremdliquidatoren nur den Weisungen nachkommen, die ihren Verpflichtungen aus dem Anstellungsvertrag entsprechen. Dazu gehören aber normalerweise nur Anweisungen, die innerhalb des Liquidationszweckes liegen. Demnach kann aus der Vorschrift des § 152 HGB allein nicht geschlossen werden, daß die Geschäftsführungsbefugnis der Liquidatoren von den Liquidationsbeteiligten erweitert werden kann. Dies ergibt sich vielmehr aus der unbeschränkten Stellung der Gesellschafter in der Liquidation, sowie aus der Tatsache, daß zur günstigen Verwertung des Gesellschaftsvermögens Geschäfte erforderlich sein können, die nicht mehr durch den eigentlichen Liquidationszweck gedeckt sind.

Die Geschäftsführungsbefugnis der Liquidatoren kann über die zur Abwicklung erforderlichen Geschäfte ausgedehnt werden, obwohl dies im Widerspruch zum Gesellschaftszweck in der Liquidation steht (1). Jedoch sind den Gesellschaftern dabei Grenzen gesetzt. So müßte man in einer allgemeinen Erweiterung der Geschäftsführungsbefugnis zu allen werbenden Geschäften einen Beschluß zur Fortsetzung der werbenden OHG sehen (2). Damit würden die Gesellschafter und die anderen Liquidationsbeteiligten die Liquidationsgesellschaft wieder in ihren werbenden Zustand zurückverwandeln.
Anders ist es dagegen, wenn nur zu einer von vornherein begrenzten Anzahl von Geschäften, die über den Liquidationszweck hinausgehen, die Geschäftsführungsbefugnis erweitert wird. Dadurch wird den Liquidatoren die Möglichkeit gegeben, eine günstige Marktlage für die Gesellschaft gewinnbringend auszunützen. Da den werbenden Geschäften

---

(1) Schlegelberger-Geßler,a.a.O.,§151,Anm.5;Weipert,a.a.O., §151,Anm.8;
(2) Heymann-Kötter,a.a.O.,§149,Anm.7; Wieland,a.a.O.,§62,IV, S.694; Baumbach-Duden,a.a.O.,§149-151,Anm.2,E;Weipert, a.a.O.,§151,Anm.8; RG 106,S.72.

Grenzen gezogen sind, kann in einer derartigen Erweiterung nicht der Beschluß zur Fortsetzung der werbenden OHG gesehen werden. Eine begrenzte Erweiterung der Geschäftsführungsbefugnis hat auch nicht zur Folge, daß sich die Gesellschaft im Geschäftsverkehr wie eine werbende Gesellschaft behandeln lassen muß. Dies könnte nur durch den von der Rechtsprechung (1) entwickelten Gedanken begründet werden, daß wer einen Schein im Geschäftsverkehr erweckt, sich so behandeln lassen muß, als ob die Wirklichkeit dem Schein entspräche. Ein Rechtsschein, als ob die Gesellschaft wieder werbend tätig wäre, wird aber von der Liquidationsgesellschaft nicht hervorgerufen, solange sie als eine solche firmiert und im Handelsregister eingetragen ist.
Dagegen muß die Liquidationsgesellschaft aufgrund des von ihr erzeugten Rechtsscheines die Geschäfte gegen sich gelten lassen, die Dritte in Kenntnis der erweiterten Geschäftsführungsbefugnis mit ihr abgeschlossen haben, auch wenn diese Erweiterung in der Zwischenzeit weggefallen ist. Außerdem muß an die Sorgfaltspflicht des Dritten, der von der Erweiterung Kenntnis hat, bei der Prüfung, ob die Gesellschaft das Geschäft gegen sich gelten lassen muß, also im Rahmen der von den Liquidationsbeteiligten abgesteckten Geschäftsführungsbefugnis bleibt, ein weniger strenger Maßstab angelegt werden.

Die Liquidationsbeteiligten können auch die Geschäftsführungsbefugnis der Liquidatoren beschränken (2). Dies hat jedoch nur Wirkung für das Innenverhältnis, da nach § 149 HGB davon die Vertretungsmacht nicht berührt werden kann. Von dieser Möglichkeit wird oft in der Weise gebraucht gemacht, daß den Liquidatoren verboten wird, mit den Gesellschaftern Abwicklungsgeschäfte zu tätigen, um eine Kollusion zu verhindern.

---

(1) so z.B. BGH 22, S.238;
(2) Baumbach-Duden,a.a.O.,§151,Anm.3,A; Düringer-Hachenburg-Flechtheim,a.a.O.,§149,Anm.26;Hueck,OHG,§32,IV, 5,c,S.368; Wieland,a.a.O.,§62,4,S.694.

Haben die Liquidatoren Geschäfte abgeschlossen, die weder durch den Liquidationszweck gedeckt sind, noch durch die Liquidationsbeteiligten genehmigt werden, so brauchen die Gesellschafter und die Gesellschaft diese nicht gegen sich gelten zu lassen (1).

Der Umfang der Geschäftsführungsbefugnis der Liquidatoren erstreckt sich nicht auf Geschäfte, die die Grundlagen der Gesellschaft ändern oder die Beziehungen der Gesellschafter untereinander regeln. Ebenso wenig können die Liquidatoren die gesellschaftlichen Rechte eines Gesellschafters gegen die Mitgesellschafter wahrnehmen (2). Alle Rechte aus der Mitgliedschaft dürfen nur von den Gesellschaftern wahrgenommen werden.
Es ist weiterhin unmöglich für die Liquidatoren, einen Prokuristen zu bestellen. Obwohl die Liquidationsgesellschaft die Kaufmannseigenschaft behält, würden doch die unbeschränkten Befugnisse des Prokuristen nach § 49 HGB im Widerspruch zu dem beschränkten Zweck der Liquidationsgesellschaft stehen(3).

3. Die Vertretung der Liquidationsgesellschaft.

Mit der Auflösung der Gesellschaft erlischt neben der Geschäftsführungsbefugnis auch die seither bestehende Vertretungsmacht der Gesellschafter (4). Dies ist erforderlich, da der einzelne Liquidator zu große Möglichkeiten hätte, wenn die Einzelvertretungsmacht nach § 125 HGB gelten würde. Es muß berücksichtigt werden, daß der Kreis der Liquidatoren gesellschaftsfremde Personen umfassen kann und außerdem das gegenseitige Vertrauen dadurch geschwunden sein könnte.
In der Liquidation wird die Gesellschaft nach dem Wortlaut des § 149, Satz 2 HGB von den Liquidatoren

---

(1) Baumbach-Duden, a.a.O., §151, Anm.3A mit der herrsch. Lehre;
(2) Hueck, OHG, §10, I, S.83; Disdorn, a.a.O., S.78; RG 162, S.374;
(3) Hueck, OHG, §32, IV, f, S.370;
(4) Schlegelberger-Geßler, a.a.O., §149, Anm.20; Hueck, OHG, §32, II, 4, S.357; Flechtheim in JW 1918, S.41;

vertreten. Der Ausschluß eines Liquidators von der Vertretung, den § 125 HGB für den Gesellschafter bei der werbenden OHG für zulässig erklärt, ist hier unzulässig (1).

Dabei gilt nach § 150 HGB das Prinzip der Gesamtvertretung, da in allen Gesellschaftsangelegenheiten in der Liquidation das Prinzip des gemeinschaftlichen Handelns gilt, um jedem Gesellschafter die Mitwirkung bei allen Akten der Geschäftsführung zu ermöglichen(2). So verlangt die Vertretung der Liquidationsgesellschaft ein Zusammenwirken der Liquidatoren in der Art und Weise, daß im Geschäftsverkehr die Willensübereinstimmung der Liquidatoren erkennbar ist (3).

Bei Gefahr im Verzuge kann aber weiterhin ein Liquidator die Gesellschaft vertreten (4). Die Begründung dafür ist dieselbe wie für das Einzelhandeln im Rahmen der Geschäftsführung (siehe oben, S. 65 ff). Um den Verkehr der Liquidationsgesellschaft mit Dritten zu vereinfachen, bestimmt § 150, Absatz 2, Satz 2 HGB, daß der einzelne Liquidator passive Einzelvertretungsmacht hat, so daß es genügt, wenn eine für die Liquidationsgesellschaft bestimmte Erklärung nur einem Liquidator zugeht.

Die Vertretungsmacht der Liquidatoren entspricht ihrem Wesen nach der Vertretungsmacht der Gesellschafter bei der werbenden OHG. Die Vertretungsmacht geht letzten Endes auf den Gesellschaftsvertrag zurück und damit auf

---

(1) Hueck,OHG,§32,IV,5,d,S.369; Düringer-Hachenburg-Flechtheim,a.a.O.,§150,Anm.9;Weipert,a.a.O.,§150,Anm.9;
(2) Müller-Erzbach,a.a.O.,Kap.45,B,I,S.221; Haupt,a.a.O., § 18,II,2,b,S.180;Disdorn,a.a.O.,S.82;
(3) ROHG,17,S.40;12,S.34;
(4) Hueck,OHG,§32,IV,5,d,S.369;Ritter,a.a.O.,§150,Anm.2,a; Weipert,a.a.O.,§150,Anm.3.

den Willen der Mitgesellschafter. Daneben vertreten die Liquidatoren auch die nach außen als Einheit auftretende, selbst handlungsfähige Personenmehrheit der Liquidationsgesellschaft, sodaß die Vertretung eine notwendige ist und ihr Umfang außerdem auf dem Gesetz beruht. Auf den Streit, ob die Vertretungsmacht ihrer Natur nach Bevollmächtigung oder gesetzliche Vertretung ist, braucht aber hier nicht eingegangen zu werden. Wesentlich ist, daß sie jedenfalls mit auf vertraglicher Grundlage beruht, und damit die Liquidationsgesellschaft die Handlungen der Liquidatoren sich nicht automatisch zurechnen zu lassen braucht. Anders als beim Konkursverwalter, der seine Stellung kraft Amtes hat, und alle Geschäfte für den Gemeinschuldner im eigenen Namen, aber mit Wirkung für diesen vornehmen kann, müssen die Liquidatoren das Vertretungsverhältnis im Geschäftsverkehr erkennbar zum Ausdruck bringen.

Nach § 149, Satz 2 HGB vertreten die Liquidatoren die Gesellschaft innerhalb ihres Geschäftskreises. Dieser wird für die Liquidationsgesellschaft durch § 149, Satz1 HGB, auf die Abwicklungsgeschäfte beschränkt. Entsprechend ist der Umfang der Vertretungsmacht für die Liquidatoren auf die Abwicklungsgeschäfte begrenzt.
Umstritten ist die Frage, ob die Gesellschaft Handlungen gegen sich gelten lassen muß, die von den Liquidatoren unter Überschreitung der Grenzen der Vertretungsmacht vorgenommen wurden.
Nach dem Wortlaut des Gesetzes (§149, Satz 2 HGB) muß die Gesellschaft nur für solche Geschäfte einstehen, die sich im Rahmen des Geschäftskreises, also der Vertretungsmacht halten. Dies wurde auch in der älteren Literatur (1) angenommen. Bei der Überschreitung dieser Grenzen würde demnach der Liquidator als Vertreter ohne Vertretungsmacht handeln und für diese Geschäfte allein haften (§179 BGB). Für den Geschäftsverkehr würde diese Regelung jedoch

---

(1) Lehmann-Ring a.a.O., §149, Nr.6; Renaud a.a.O., S.564; so auch das RG in Bd. 146, S.378 für den ähnlich liegenden Fall des Vereinsliquidators.

eine große Unsicherheit mit sich bringen, da jeder, der mit der Liquidationsgesellschaft ein Geschäft abschliessen wollte, prüfen müßte, ob sich dieses objektiv im Rahmen der Liquidationsgeschäfte hält. Dies müßte dazu führen, daß jeder sich hüten würde, mit dem Liquidator einer Abwicklungsgesellschaft Geschäfte zu tätigen. Denn ein Außenstehender wird in den meisten Fällen nicht feststellen können, ob ein Geschäft in den Rahmen der Liquidationsgeschäfte fällt, also objektiv für die Abwicklung der Gesellschaft erforderlich ist.
Deshalb muß der Außenstehende, der in geschäftliche Beziehungen zu der Liquidationsgesellschaft tritt, geschützt werden. Durfte er annehmen, daß das Geschäft in den Rahmen der Liquidationsgeschäfte fällt, so muß die Liquidationsgesellschaft sich dies zurechnen lassen (1).
Der Grad der Sorgfalt, mit dem der Dritte die Zugehörigkeit eines Geschäftes zu den Liquidationsgeschäften prüfen muß, ist verschieden. Handelt es sich um ein Geschäft, das typisch für die Abwicklung ist, so hilft ihm die Vermutung, daß es sich dabei um ein Liquidationsgeschäft handelt (2). Anders ist es bei einem Geschäft, das normalerweise seinem Inhalt nach nicht der Abwicklung dienen kann. In diesem Fall muß der Geschäftspartner nachprüfen, ob die Vertretungsmacht der Liquidatoren sich darauf erstreckt. Die Geschäftspartner der Liquidationsgesellschaft werden in diesem Rahmen in ihrem guten Glauben an die Vertretungsmacht der Liquidatoren geschützt. Dieser Grundsatz findet seinen Ausdruck in den §§ 54, Abs. 3, 55, Abs. 4 HGB, sowie in der von der Rechtsprechung entwickelten Lehre zur Frage der Anscheinsvollmacht.

Nach dem Wortlaut des § 151 HGB ist die Beschränkung des Umfanges der Vertretungsmacht der Liquidatoren durch die

---

(1) Düringer-Hachenburg-Flechtheim a.a.O., §149, Anm.6; Baumbach-Duden a.a.O., §149, Anm.3A; Hueck OHG §32, IV, 5,b, S.367; Staub-Pinner a.a.O., §149, Anm.15; Goldmann a.a.O., §149, Anm.4; Cosack a.a.O., S.54; RG 146, S.379;
(2) Baumbach-Duden a.a.O., §149, Anm.3A; Hueck OHG §32, IV,5,b, S.324; RG 146, S. 379.

Gesellschafter gegenüber Dritten gegenüber unwirksam. Durch diese Bestimmung soll für den Geschäftsverkehr die Unsicherheit einer beschränkten oder wechselnden Vertretungsmacht ausgeschaltet werden. Die Gesellschafter können dagegen jederzeit die Geschäftsführungsbefugnis beschränken. Dies berührt aber nicht die Wirksamkeit der von den Liquidatoren mit Dritten unter Überschreitung dieser Grenzen der Geschäftsführungsbefugnis abgeschlossenen Geschäfte. Die Liquidatoren machen sich durch ein derartiges Vorgehen wegen der Verletzung einer gesellschaftsvertraglichen Vereinbarung oder des Anstellungsvertrages schadensersatzpflichtig.
Außerdem kann die Vertretungsmacht der Liquidatoren für bestimmte werbende Geschäfte erweitert werden, es gilt das oben Seite 69 Ausgeführte.

Es kann außerdem fraglich sein, ob neben den Liquidatoren auch die Gesellschafter zur Vertretung der Liquidationsgesellschaft befugt sind. Der Wortlaut des § 149 HGB sagt darüber nichts aus.
Eindeutig ist, daß der einzelne Gesellschafter nicht mehr zur Vertretung der Liquidationsgesellschaft befugt ist, da die Einzelvertretung des § 125 HGB durch die Gesamtvertretung der Liquidatoren nach § 149 HGB ausgeschlossen ist. Es könnte höchstens nach § 156 HGB in Verbindung mit § 105 HGB die Regelung des § 709 BGB mit der Gesamtvertretung aller Gesellschafter zur Anwendung kommen. Dies würde auch dem in der Liquidation allgemein geltenden Prinzip des gemeinsamen Handelns entsprechen.
Dafür, daß die Gesellschafter gemeinsam die Liquidationsgesellschaft vertreten können, spricht die unbeschränkte Stellung der einigen Gesellschafter im Liquidationsstadium der Gesellschaft. In dieser Richtung gehen auch die Ausführungen des Reichsgerichtes (1), das insbesondere aus § 152 HGB schließt, daß die Gesellschafter in der Lage sein müssen, die Gesellschaft zu vertreten, wenn sie so-

---

(1) RG 91, S.35 ff.

gar den Liquidatoren bindende Anweisungen erteilen können. Dieser Ansicht wird auch von einem Teil der Literatur beigepflichtet (1).

Dies kann jedoch nicht richtig sein, da gerade die Existenz des § 152 HGB beweist, daß die Gesellschafter nicht unmittelbar im Namen der Gesellschaft am Rechtsverkehr teilnehmen können, sondern auf die Ausführung der beschlossenen Maßnahmen durch die Liquidatoren angewiesen sind. Könnten auch die Gesellschafter die Liquidationsgesellschaft vertreten, so würde das Weisungsrecht nach § 152 HGB seine Bedeutung verlieren.

Es ist vielmehr zur Schaffung klarer Verhältnisse bei den Liquidationsgeschäften erforderlich, daß allein die Liquidatoren die Liquidationsgesellschaft vertreten dürfen. Die einigen Gesellschafter können selbst keine Rechtsgeschäfte für die Liquidationsgesellschaft vornehmen. Dies wird auch vom überwiegenden Teil der Autoren und der Rechtsprechung (2) angenommen. Daraus folgt, daß die Gesellschafter während der Liquidation von den Gesellschaftsschuldnern keine Zahlung an die Gesellschaft oder an sich selbst verlangen können.

Eine Ausnahme von dem Grundsatz, daß nur die Liquidatoren die Liquidationsgesellschaft vertreten können, gilt dann, wenn Geschäfte mit den Liquidatoren abzuschliessen sind, die diese wegen des Verbotes des Selbstkontrahierens (§ 181 BGB) nicht selbst vornehmen können. Dann muß die Regelung des § 714 BGB zur Anwendung kommen, und die Gesellschafter können gemeinsam im Namen der Gesellschaft Geschäfte tätigen. Dies wird auch im allgemeinen von der Lehre und Rechtsprechung (3) angenommen. Anderer Ansicht ist Geßler (4), nach dem bei

---

(1) Lehmann-Ring,a.a.O.,§149,Nr.1,9; Behrend,a.a.O.,§82, Anm.1,S.571; Gierke, Gen.th.,S.601;
(2) So z.B. Schlegelberger-Geßler,a.a.O.,§149,Anm.20; Staub-Pinner,a.a.O.,§149,Anm.1; Weipert,a.a.O.,§149, Anm.2; Düringer-Hachenburg-Flechtheim,a.a.O.,§149, Anm.19; Hueck,OHG,§32,II,4,S.357; RG 5,S.10; 86,S.66;
(3) Hueck,OHG,§32,II,4,S.357; Weipert,a.a.O.,§146, Anm.41; Düringer-Hachenburg-Flechtheim,a.a.O.,§146, Anm.11;
(4) in Schlegelberger-Geßler,a.a.O.,§150,Anm.5.

Geschäften der Liquidationsgesellschaft mit den Liquidatoren die Gesellschafter einem Liquidator Einzelvertretungsmacht geben müssen, so daß dieser die Geschäfte durchführen kann. Dieses Verfahren ist jedoch umständlich und beseitigt die Schwierigkeiten dann nicht, wenn nur ein Liquidator vorhanden ist. Wollte man auch für diesen Fall verlangen, daß die Gesellschafter gemeinsam einen Liquidator zum Abschluß eines konkreten Geschäftes ernennen, so wäre dies ein reiner Formalismus, der nur zur Erschwerung der Abwicklung führen würde und für die Praxis unverständlich wäre.

Eine weitere Ausnahme von dem Prinzip, daß nur die Liquidatoren die Liquidationsgesellschaft vertreten können, gilt für die Fälle, in denen die Liquidation abgebrochen und der Gesellschaftskonkurs eröffnet oder ein Zwangsvergleich geschlossen werden soll. So bestimmt § 210 KO, daß jeder persönlich haftende Gesellschafter neben den Liquidatoren den Antrag auf Eröffnung des Konkursverfahrens über das Gesellschaftsvermögen stellen kann. Ebenso muß jeder persönlich haftende Gesellschafter einem Zwangsvergleich zustimmen (211 KO). Im Vergleichsverfahren muß der Vergleichsvorschlag nach § 109, Ziffer 1 Vergl.O ebenfalls von allen persönlich haftenden Gesellschaftern ausgehen.

Der Gesellschafter kann aber weiterhin die Ansprüche der Gesellschaft aus dem Gesellschaftsverhältnis gegen die Mitgesellschafter geltend machen. Auf deren Erfüllung hat er einen Anspruch, der sich aus dem Gesellschaftsverhältnis ergibt und der ihm kraft seiner Mitgliedschaft persönlich zusteht. Deshalb kann er diesen Anspruch im eigenen Namen geltend machen und ihn jederzeit mit der actio pro socio im Klagewege durchsetzen. Der Anspruch ist aber auf Leistung an die Gesellschaft gerichtet, weshalb der Gesellschafter nur Leistung an diese verlangen kann (1).

---

(1) So die ganze herrschende Lehre, z. B. Düringer-Hachenburg-Flechtheim,a.a.O.,§149,Anm.9;Schlegelberger-Geßler, a.a.O.,§149,Anm.20; Hueck,OHG,§32,II,4,S.357;Staub-Pinner,§124,Anm.39;
BGH 10, S.101; RG 90, S.300;91,S.34; 158,S.314.

Dies gilt auch für die Geltendmachung des Anspruches auf Leistung der fälligen, rückständigen Einlagen. Für die Begründung eines derartigen Anspruches ist es aber erforderlich, daß die Einlage für die Durchführung der Liquidation notwendig ist. Die Feststellung der Erforderlichkeit steht als ein Akt der Geschäftsführung aber nur den Liquidatoren zu. Demnach ist es zur Begründetheit des Anspruches nötig, daß die Liquidatoren die Erforderlichkeit der Einlage festgestellt haben. Ein Teil der Literatur verlangt dagegen (1), daß vor der Geltendmachung des Anspruches durch den Gesellschafter die Liquidatoren die Einlage angefordert haben. Der Unterschied zu der hier vertretenen Ansicht ist unbedeutend. Es muß aber genügen, daß die Erforderlichkeit der Einlage feststeht, eine Anforderung durch die Liquidatoren braucht darüber hinaus nicht verlangt zu werden.

Zum Teil wird auch die Ansicht vertreten (2), daß die rückständigen Einlagen nur von den Liquidatoren angefordert werden können. Dieser Anspruch stehe den Mitgesellschaftern nicht zu. Diese Ansicht steht jedoch im Gegensatz zu der Tatsache, daß sich der Anspruch aus dem Gesellschaftsverhältnis für jeden Gesellschafter ergibt und er diesen durch den Eintritt der Auflösung nicht verlieren kann. Die Frage, ob die Einlage erforderlich ist, beeinflußt diesen Anspruch nicht, sie ist lediglich für die Frage wesentlich, ob die Einlage während der Liquidation noch geleistet zu werden braucht. Deshalb kann dem Gesellschafter dieser Anspruch nicht aus praktischen Gründen genommen werden.

Diese Regelung der Vertretung für die Liquidationsge-

---

(1) Hueck,OHG,§32,II,4,S.357;Weipert,a,a,O.,§149,Anm.15; Düringer-Hachenburg-Flechtheim,a.a.O.,§149,Anm.9; RG 106,S.65;

(2) Schlegelberger-Geßler,a.a.O.,§149,Anm.20;Ritter,a.a.O. § 149,Anm.11;RG 1100,S.167;OLG Celle,Recht 1905,S.22.

sellschafter gilt nicht nur für den Geschäftsverkehr, sondern auch im Verhältnis der Gesellschaft zu ihren Angestellten. Denn diese stehen der Gesellschaft als Dritte gegenüber. Es gilt also sowohl für den Abschluß von Dienstverträgen und deren Kündigung, wie für Weisungen im Rahmen des Angestelltenverhältnisses. Bei diesen Weisungen handelt es sich um Äußerungen der Gesellschaft, sie sind nicht nur Akte der Geschäftsführung, sondern verlangen die Vertretungsbefugnis (1).

4. Die Liquidationsgesellschaft im Prozeß.

Da die OHG durch den Eintritt der Auflösung in ihrer Struktur und Rechtsform nicht verändert wird, bleibt die Liquidationsgesellschaft im Prozeß aktiv und passiv parteifähig (2). Dies ist auch notwendig, da sie weiterhin am Geschäftsleben teilnimmt und es zu umständlich wäre, jetzt die Gesellschafter als Partei zu haben.
Nach dem Wortlaut des § 149 HGB wird die OHG in der Liquidation auch im Prozeß von den Liquidatoren vertreten. Diese sind also nicht selbst Partei, wie früher zum Teil angenommen wurde, sondern Partei ist die Liquidationsgesellschaft.
Bei der Vertretung im Prozeß der Liquidationsgesellschaft handelt es sich ebenfalls um eine Befugnis, die allein von den Liquidatoren ausgeübt werden kann. Nur die Liquidatoren können den Prozeßbetrieb führen und Dispositionsakte vornehmen (3). Die Gesellschafter als solche können für die Gesellschaft keine rechtswirksamen Prozeßhandlungen

---

(1) Hueck OHG §20,III,b,S.212; Schlegelberger-Geßler a.a.O., §126, Anm.5; Düringer-Hachenburg-Flechtheim a.a.O., §126, Anm.4; Wieland a.a.O., S.591;
(2) Baumbach-Duden a.a.O., §124, Anm.5,E; RG141, S. 280; Düringer-Hachenburg-Flechtheim a.a.O., §149, Anm.21;
(3) Düringer-Hachenburg-Flechtheim a.a.O., §149, Anm.21; Lehmann-Ring a.a.O., §149, Nr.9; RG 17, S.368; 82, S.132,

vornehmen. Sie haben nur die Möglichkeit, bei einem Rechtsstreit der Gesellschaft dieser als Nebenintervenienten beizutreten (§36 ZPO). Sie bleiben materiell zwar Partei, haben aber praktisch die Stellung, die vor der Auflösung der Gesellschaft die nicht vertretungsberechtigten Gesellschafter hatten (1).

Eine lang umstrittene Frage war es, ob die Gesellschafter im Prozeß der Liquidationsgesellschaft als Zeugen gehört werden können oder ob sie die Stellung einer Partei haben. Bei der früheren Fassung der ZPO, insbesondere der mit der Änderung vom 27. 10. 1933 weggefallenen §§ 473, 476 ZPO mit der Möglichkeit der Zuschiebung des Parteieides war diese Frage noch von gesteigerter Bedeutung.

Eindeutig ist, daß die Liquidatoren nicht Zeugen sein können, da sie Parteirechte ausüben (2). Anderer Ansicht ist jedoch Baumbach-Duden (3), der die Liquidatoren als Zeugen zulassen will, weil sie materiell nicht Partei seien. Dies kann jedoch nicht richtig sein, da die Liquidatoren kraft ihrer ausschließlichen Vertreterstellung für die Liquidationsgesellschaft und ihrer eventuellen Haftung eine Stellung haben, die der Parteistellung sehr angenähert ist.
Die Gesellschafter bleiben im Prozeß der Liquidationsgesellschaft materiell Partei, da sie als Eigentümer des Gesellschaftsvermögens vom Ausgang des Prozesses betroffen sind. Zur vollen Parteistellung fehlt ihnen aber die Vertretungsbefugnis für die Gesellschaft. Wegen dieser Stellung und ihrem großen Interesse am Ausgang des Prozesses können sie nicht als Zeugen gehört werden. Ihre Kenntnis kann für den Prozeß nur im Wege der Parteivernehmung verwertet werden (4).

---

(1) Düringer-Hachenburg-Flechtheim, a.a.O., §149, Anm.21; Staub-Pinner, a.a.O., §149, Anm.21; Lehmann-Ring, a.a.O., §149, Anm.9;
(2) Hueck, OHG, §32, IV, 5, g, S.374;
(3) a.a.O., §151, Anm.3, B;
(4) Düringer-Hachenburg-Flechtheim, a.a.O., §124, Anm.10; Baumbach-Duden, a.a.O. § 151, Anm.3; RG 45, S.341; 82, S.13.

In der Literatur (1) wird zum Teil ausgeführt, daß diese materielle Parteistellung der Gesellschafter ohne Bedeutung sei und sie, da sie formell nicht Partei seien, nur Zeugen sein könnten (2). Diese Ansicht ist jedoch aus den oben angeführten Gründen abzulehnen.
Daneben wurde angenommen (3), der Gesellschafter, der nicht Liquidator sei, könne im Prozeß der Liquidationsgesellschaft überhaupt nicht gehört werden. Er stehe für den Prozeß zwischen einer Partei und einem Zeugen, weshalb er weder das eine noch das andere sein könne. Diese Ansicht führt in der Praxis zu unbilligen Ergebnissen, da die Kenntnis des Gesellschafters, auch von Vorgängen, die vor der Auflösung der Gesellschaft liegen, im Prozeß der Liquidationsgesellschaft nicht verwertet werden könnte.
Beide von der hier vertretenen Ansicht abweichenden Meinungen sind dadurch bestimmt, daß sie die Stellung der Liquidatoren mit der von gesetzlichen Vertretern vergleichen. Dieser Vergleich ist jedoch nicht richtig, da bei der gesetzlichen Vertretung der Vertretene normalerweise geschäftsunfähig oder aus irgendeinem anderen Grunde seine Interessen nicht selbst wahrnehmen kann. Die Gesellschafter dagegen sind geschäfts- und prozeßfähig. Sie benötigen niemand zur Wahrnehmung ihrer Interessen. Deshalb können sie die Stellung einer Partei im Prozeß der Liquidationsgesellschaft haben.

Jede andere Ansicht muß zu unbilligen Ergebnissen führen. Würde man den Gesellschafter als Zeugen zulassen, so könnte er eidlich vernommen werden, obwohl er am Ausgang des Prozesses stärker interessiert ist als die Liquidatoren, die die Parteistellung haben. Dies würde aber dem Sinn des Gesetzes widersprechen. Könnte man die Kenntnis des Gesellschafters im Prozeß gar nicht

---

(1) und (2) Schlegelberger-Geßler, a.a.O., §149, Anm.21; Weipert, a.a.O., §149, Anm.43; RG82, S.131;
(3) Staub-Pinner, a.a.O., §149, Anm.21; Goldmann, a.a.O., §149, Nr.23.

verwerten, so würde dies in vielen Fällen zu erheblichen Schwierigkeiten bei der Durchführung eines Rechtsstreites führen.
Das Urteil gegen die Liquidationsgesellschaft hat dieselben Wirkungen wie ein Urteil gegen die werbende OHG. Aus ihm kann nur gegen die Gesellschaft, nicht aber gegen die Gesellschafter vollstreckt werden.

Ähnlich wie bei der Frage der Zeugeneigenschaft der Gesellschafter ist die Problemstellung bei der Leistung des Offenbarungseides für die Liquidationsgesellschaft. Der Offenbarungseid muß deshalb in der Liquidation sowohl von den Gesellschaftern wie von den Liquidatoren abgeleistet werden (1).
Ein Teil der Literatur (2) will entsprechend dem zu der Zeugeneigenschaft Ausgeführten den Offenbarungseid nur von den Liquidatoren leisten lassen. Dies ist jedoch abzulehnen, da der Eid des Liquidators in den meisten Fällen für den Gläubiger ohne großen Wert sein wird. Denn dieser hat vielfach keine Kenntnis von den wahren Vermögensverhältnissen der Gesellschaft, wie sie zur Aufstellung des Vermögensverzeichnisses erforderlich sind. Dagegen müssen die Liquidatoren das Vermögensverzeichnis als einen Akt der Geschäftsführung erstellen, soweit deren Kenntnis nicht ausreicht, müssen die Gesellschafter mitwirken.

C. Die Stellung der Gesellschafter zu den Liquidatoren.

1. Die Überwachungs- und Informationsrechte.

Das Informationsrecht ist für die Gesellschafter, die nicht an der Geschäftsführung beteiligt sind, in jedem Zustand der Gesellschaft von großer Bedeutung. Sie haben dadurch die Möglichkeit, Einblick in die Geschäftsbücher und -papiere zu nehmen, und können so die laufenden Ge-

(1) Düringer-Hachenburg-Flechtheim, a.a.O., §149, Anm.21; Disdorn, a.a.O., S.80; OLG Nürnberg in JW 1931, S.2151;
(2) Schlegelberger-Geßler, a.a.O., §149, Anm.21; Staub-Pinner, a.a.O., §149, Anm.25; ROHG 21, S.344.

schäfte der Gesellschaft überwachen.
Im werbenden Zustand der Gesellschaft richtet sich das Informationsrecht der Gesellschafter nach § 118 HGB. Dieses Überwachungs- und Informationsrecht haben die Gesellschafter nach § 157 III HGB auch während der Liquidation der Gesellschaft. Nach dem Wortlaut und Sinn des § 118 HGB hat in der werbenden Gesellschaft jeder einzelne Gesellschafter das Recht auf Information.
Bei der Liquidationsgesellschaft muß es deshalb auch jedem Gesellschafter zustehen, obwohl der Wortlaut des § 157 III HGB nur von "den Gesellschaftern" spricht(1). Denn diese Vorschrift bestimmt nur, daß die Gesellschafter das Informationsrecht, wie es ihnen in der werbenden Gesellschaft zustand, auch während der Liquidation der Ges llschaft behalten sollen. Dieses Recht muß auch jeder Gesellschafter für sich allein in Anspruch nehmen können, um die Möglichkeit zu haben, den Ablauf der Liquidation kontrollieren zu können. Hätte er es nur zusammen mit den Mitgesellschaftern, so konnte er, wenn die Gesellschafterliquidatoren sich dagegen wenden würden, keinen Einblick in den Ablauf der Liquidationsgeschäfte nehmen.
Da der Gesellschafter durch die gesellschaftliche Treuepflicht zur Verschwiegenheit und Geheimhaltung der gesellschaftsinternen Vorgänge verpflichtet ist, kann ihm das Recht, sich zu informieren, nicht unter Hinweis auf die Gefährdung des Gesellschaftsinteresses verweigert werden.
Den Gesellschafter trifft aber grundsätzlich keine Pflicht, sich über die Gesellschaftsangelegenheiten zu informieren. Eine derartige Verpflichtung ist nur im Zusammenhang mit der Pflicht zur Mitwirkung bei den Gesellschaftsbeschlüssen denkbar. So muß er sich vor der Stellungnahme zu Beschlüssen, die die Geschäftsführung regeln, über die Erforderlichkeit und Zweckmäßigkeit der Maßnahmen informieren (2),

---

(1) Baumbach-Duden, a.a.O., §158, Anm.3;
(2) Hueck, Treue, S. 86.

denn nur bei angemessener Information ist der Gesellschafter in der Lage, die Maßnahme in ihrer Bedeutung für die Gesellschaft richtig zu würdigen. Unterläßt er dies, so ist seine Stimmabgabe pflichtwidrig und unwirksam, also ohne Bedeutung für das Zusfandekommen des Beschlusses (1).

Das Informationsrecht gibt dem Gesellschafter den Anspruch auf Einblick in die Gesellschaftspapiere und -bücher. Dieses Recht auf Einsichtnahme hat er auch, wenn sich Informationen über geschäftliche Vorgänge in den Privatpapieren eines Liquidators oder Gesellschafters befinden (2). Dem Gesellschafter kann die Einsichtnahme in die Bücher nicht verwehrt werden, wenn er seine Pflichten aus dem Gesellschaftsverhältnis nicht nachgekommen ist (3). Das Informationsrecht wird wie jedes aus dem Gesellschaftsverhältnis fließende Recht von der Pflicht zu gesellschaftstreuem Verhalten begrenzt.

Neben den Gesellschaftern hat auch der Konkursverwalter des in Konkurs gefallenen Gesellschafters für die Dauer der Verwaltung das Recht auf Einsichtnahme in die Geschäftsbücher (4). In der Literatur (5) wird zum Teil die Ansicht vertreten, daß der Konkursverwalter kein Recht auf Einsichtnahme in die Geschäftsbücher nach § 157, Absatz III HGB habe. Dieser könne ein derartiges Recht nur aus § 810 BGB herleiten. Dies ist jedoch abzulehnen, da sich das Informationsrecht für den Konkursverwalter aus § 146, Absatz III HGB ergibt, wonach dieser an die Stelle des Gesellschafters tritt. Deshalb hat der Konkursverwalter unmittelbar das Recht des § 118 HGB (6)

---

(1) Baumbach-Duden,a.a.O.,§119,3d; Hueck,OHG,§11,III,3,S.126;
(2) RG 103,S.71;ROHG 7,S.77;
(3) Hueck,OHG,§12,4,S.137; außerdem KG inLZ 1918,S.66;
(4) Düringer-Hachenburg-Flechtheim,a.a.O. §157,Anm.15; Weipert,a.a.O.,§157,Anm.15;
(5) Schlegelberger-Geßler,a.a.O.,§157,Anm.12;Ritter,a.a.O., §157,Anm.4;
(6) Baumbach-Duden,a.a.O.,§157,Anm.3;Hueck,OHG,§32,III,3, S. 358.

Das Informationsrecht ist für den Konkursverwalter zur Überwachung der Gesellschafter und zur Feststellung des zu erwartenden Auseinandersetzungsanspruches von wesentlicher Bedeutung.
Dagegen haben der kündigende Privatgläubiger nach § 135 HGB und der Gesellschaftsgläubiger kein Recht auf Einsicht in die Geschäftsbücher. Sie stehen außerhalb des Gesellschaftsverhältnisses und sind wegen der fehlenden gesellschaftlichen Treuepflicht nicht zum Verschweigen der Geschäftsgeheimnisse verpflichtet. Es wäre deshalb für die Gesellschafter gefährlich, wenn auch diesen die Einsichtnahme in die Bücher gestattet wäre (1). Sie können nur im Rahmen des § 810 BGB die Vorlage der Bücher verlangen. Dasselbe gilt für den Zessionar und Pfandgläubiger des Auseinandersetzungsguthabens. Diese haben nur einen Anspruch gegen den Schuldner auf Auskunftserteilung. Sie können aber Einblick in die nach der Abwicklung erfolgende Abrechnung nehmen, um die Höhe ihrer Ansprüche feststellen zu können (2).

Die Gesellschafter können das Informationsrecht durch eine Bestimmung im ursprünglichen Gesellschaftsvertrag oder durch eine später getroffene Vereinbarung ausschliessen oder beschränken. Dann ist auch im Liquidationsstadium der Gesellschaft § 118 II HGB über § 156 HGB anzuwenden. Der Gesellschafter kann danach bei der Annahme unredlicher Geschäftsführung eines Liquidators ohne Rücksicht auf die beschränkende Vereinbarung Einsicht in die Geschäftsbücher verlangen. Die Anwendung des § 118 Abs. II HGB ist auch während der Liquidation der Gesellschaft erfoderlich, da der Gesellschafter, der nicht Liquidator ist, ein größeres Interesse an der Überwachung der Geschäftsführung hat als im werbenden Zustand der Gesellschaft, nachdem mit der Auflösung das gegenseitige Vertrauen weggefallen sein kann. Neben diesem Recht auf In-

(1) Schlegelberger-Geßler,a.a.O.,§155,Anm.13;RG 52,S.37; Weipert,a.a.O.,§135,Anm.19; Anderer Ansicht sind Brand,a.a.O.,§135,Anm.4,c;Baumbach-Duden,a.a.O., §135,Anm.4,B;Wieland,a.a.O.,S.666,Anm.2,b;
(2) Weipert,a.a.O.,§135,Anm.21.

formation hat der Gesellschafter normalerweise keinen Anspruch auf Rechnungslegung durch die Liquidatoren nach den §§ 713, 666 BGB. Die Liquidatoren sind dieser Pflicht zur Rechnungslegung dadurch enthoben, daß sie die Geschäftsbücher ordnungsgemäß führen und so der einzelne Gesellschafter als Kaufmann jederzeit den Stand der Geschäfte übersehen kann.

Der Gesellschafter kann aber bei Unklarheit der Geschäftsbücher Auskunft von den Liquidatoren verlangen (1). Dies muß auf die Fälle beschränkt sein, in denen die normale Buchführung wenig oder keinen Aufschluß über die Tätigkeit der Liquidatoren gibt. Außerdem kann Rechnungslegung dann von den Liquidatoren verlangt werden, wenn ein Liquidator sein Amt niederlegt oder abberufen wird (2). Dann brauchen die Gesellschafter dieses Recht, um ebentuelle Pflichtwidrigkeiten des ausscheidenden Liquidators erkennen zu können. Der einzelne Gesellschafter kann aber Rechnungslegung bei Vorliegen der Voraussetzungen nur vom Gesellschafterliquidator verlangen. Diesem gegenüber ergibt sich sein Anspruch aus dem Gesellschaftsvertrag (3).
Dagegen können nur alle Gesellschafter gemeinsam von einem Fremdliquidator Rechnungslegung verlangen, da dieser nur in Rechtsbeziehungen zur Gesellschaft steht. Zwar wird die Liquidationsgesellschaft normalerweise nur durch die Liquidatoren vertreten. Nach dem oben Ausgeführten,(S.73) haben aber die Gesellschafter Gesamtvertretungsmacht nach§ 714 BGB, wenn es sich um Geschäfte mit den Liquidatoren handelt. Teilweise wird auch die Ansicht vertreten, daß der einzelne Gesellschafter dann von einem Fremdliquidator Rechnungslegung verlangen kann, wenn die Liquidationsschlußbilanz unklar ist. Der Anspruch auf Rechnungslegung soll sich in diesem Fall aus seinem Recht auf die ordnungsgemäße Erstellung der Liquidationsschlußbilanz ergeben.

---

(1) Schlegelberger-Geßler,a.a.O.,§155,Anm.13;Hueck,OHG,§12, S.136;RG inJW 1907,S.523;OLG Hamburg inJW 1921,S.687; ROHG 25,S.395;
(2) RG 91,S.34;ROHG 12,S.41;
(3) Schlegelberger-Geßler,a.a.O.,§155,Anm.13;Ritter,a.a.O. §155,Anm.5;Wieland,a.a.O.,S.699,Anm.42;RG91,S.34; 41,s.34; 40,S.300;
(4) Schlegelberger-Geßler,a.a.O.,§155,Anm.13;RG 91,S.34.

Dies ist aber abzulehnen, da der einzelne Gesellschafter zu dem Fremdliquidator in keiner vertraglichen Beziehung steht.

2. Die Einflußnahme der Gesellschafter auf die Tätigkeit der Liquidatoren.

Nach § 152 HGB haben die Gesellschafter die Möglichkeit, den Liquidatoren bindende Anweisungen für deren Geschäftsführung zu geben. Dadurch können die Gesellschafter direkten Einfluß auf die Liquidatorentätigkeit nehmen. Derartige Weisungen können sich auf den Einzelfall beziehen oder eine generelle Regelung vorsehen.
Nach dem Sinn des § 152 HGB müssen sich die Weisungen jedoch im Rahmen des Liquidationszweckes halten, nur dann haben ihnen alle Liquidatoren Folge zu leisten. Dies ergibt sich aus der Tatsache, daß die Fremdliquidatoren nur zur Abwicklung der Gesellschaft bestellt wurden und sie sich eine Erweiterung ihrer Pflichten ohne Zustimmung nicht gefallen lassen müssen.
Deshalb kann § 152 HGB nicht zur Anwendung kommen, wenn die Weisungen in keinem Zusammenhang mit dem Liquidationszweck stehen (1).
Anders ist es aber bei den Gesellschafterliquidatoren: Diese sind kraft ihrer Zustimmung zu dem Beschluß an dessen Weisungen gebunden. Wurden sie aufgrund der Geltung des Mehrheitsprinzips überstimmt, so ergibt sich ihre Verpflichtung gegenüber dem Beschluß aus dem Gesellschaftsverhältnis (2).
Brand (3) nimmt dagegen an, daß auch die Fremdliquidatoren nach § 152 HGB sich eine Erweiterung ihrer Pflichten über den Liquidationszweck hinaus gefallen lassen müssen. Dagegen spricht aber, daß dies für den Drittliquidator die Erbringung einer Leistung wäre, zu der er aufgrund des Dienstvertrages gar nicht verpflichtet ist.

---

(1) Baumbach-Duden, a.a.O., §152; Düringer-Hachenburg-Flechtheim, a.a.O., §152, Anm.7; Hueck, OHG, §32, IV, 6, b. S.372;
(2) Hueck, OHG, §32, IV, 6, b, S.372;
(3) a.a.O., §152, Anm.2.

Wenn sich ein Drittliquidator weigert, die Weisungen auszuführen, so muß die Maßnahme zunächst wegen des geltenden Prinzips des Gesamtgeschäftsführung der Liquidatoren unterbleiben (§150 I HGB). Die Gesellschafter können sich jedoch helfen, indem sie für diese Maßnahme einem Gesellschafterliquidator Einzelgeschäftsführungsbefugnis erteilen, der dann an die Weisungen gebunden ist.
Bei der Ausführung der Weisungen nach § 152 HGB besteht zwischen den Gesellschaftern und den Liquidatoren ein auftragsähnliches Verhältnis, so daß die Liquidatoren bei veränderten Umständen im Rahmen des § 665 BGB von diesen Weisungen abweichen können (1).
§ 152 HGB verlangt zwar nach seinem Wortlaut einen einstimmigen Beschluß der Gesellschafter. Dies ist jedoch keine zwingende Voraussetzung, sondern es kann das vereinbarte Mehrheitsprinzip einen Mehrheitsbeschluß genügen lassen (2).
Die Gesellschafter können auf ihr Weisungsrecht gegenüber den Liquidatoren verzichten (3). Dies ist auch stillschweigend durch ein entsprechendes Verhalten möglich.

3. Die Haftung der Liquidatoren.

Die Liquidatoren haften der Gesellschaft für ein etwaiges Verschulden bei verlustreichen Liquidationsgeschäften. Die Gesellschafter haften auch für ihre Tätigkeit als Liquidatoren nach § 708 BGB für die Sorgfalt, die sie in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegen. Die Geltung dieses Haftungsmaßstabes, der schon für die Gesellschafter im werbenden Zustand der OHG galt, folgt aus der Tatsache, daß der Gesellschafterliquidator mit

---

(1) Baumbach-Duden, a.a.O., §152, Anm.; Hueck, OHG, §32, IV, 6, b, S.372;
(2) Schlegelberger-Geßler, a.a.O., §152, Anm.2; Baumbach-Duden, a.a.O., §152, Anm.; Hueck, OHG, §32, IV, 6, a, S.371;
(3) Hueck, OHG, §32, IV, 6, c, S.372; Baumbach-Duden, a.a.O., §152, Anm.

seiner Tätigkeit eine Pflicht aus dem Gesellschaftsverhältnis erfüllt, für deren Ausführung im persönlich eng verbundenen Kreis der Gesellschafter nur für eigenübliche Sorgfalt gehaftet wird. Der Haftungsmaßstab ergibt sich dabei aus dem unter den Gesellschaftern bestehenden Treueverhältnis, das auch in der Liquidation fortbesteht. Dieser Haftungsmaßstab gilt auch für den Gesellschafter, der durch Gerichtsbeschluß als Liquidator bestellt wurde, da dieser nur den Mitgesellschaftern für seine Handlungen haftet (1). In der älteren Literatur (2) wurde dagegen angenommen, daß der gerichtlich bestellte Liquidator auch als Gesellschafter wie ein Dritter hafte (also nach § 276 BGB). Dies muß jedoch abgelehnt werden, da es für die Stellung des Gesellschafterliquidators ohne Bedeutung ist, ob er aufgrund des Gesetzes, des Gesellschaftsvertrages oder gerichtlicher Berufung Liquidator wurde.

Umstritten ist der Haftungsmaßstab, wenn der Gesellschafterliquidator den Rahmen seiner Geschäftsführungsbefugnis überschreitet.
Der Gesellschafterliquidator hat bei jeder von ihm vorzunehmenden Handlung zu prüfen, ob diese im Rahmen seiner Geschäftsführungsbefugnis liegt. Dabei handelt es sich um eine Verpflichtung, die sich für ihn aus dem Gesellschaftsverhältnis ergibt. Demnach hat er bei der Prüfung nur mit der eigenüblichen Sorgfalt (§ 708 BGB) vorzugehen. Kann er bei Anwendung der Sorgfalt, mit der er in eigenen Angelegenheiten vorzugehen pflegt, nicht erkennen, daß das betreffende Geschäft außerhalb seiner Geschäftsführungsbefugnis liegt, so kann er für die Ausführung des

---

(1) Hueck,OHG,§32,IV,8,a,S.373; Wieland,a.a.O.,S.648; Weipert,a.a.O.,§149,Anm.54;Düringer-Hachenburg-Flechtheim,a,a,O.,§149,An.17;Ritter,a.a.O.,§146,Anm.17; Baumbach-Duden,a.a.O.,§151,Anm.1;
(2) Keyssner in ZHR 10,S.342;Meffert,a.a.O.,S.52;RG in Recht 1907,Nr.1432;Anschütz-v.Völderndorff,a.a.O.,Art. 144,II,S.311;v.Hahn,a.a.O.,Art. 137,§11,S.592.

Geschäftes nur nach § 708 BGB haften. Die Vornahme des Geschäftes als solche kann ihm nicht vorgeworfen werden. Hätte er dagegen bei Anwendung der eigenüblichen Sorgfalt erkennen müssen, daß das Geschäft außerhalb seiner Befugnisse lag, so handelt es sich bei der Ausführung des Geschäftes für ihn nicht mehr um die Erfüllung einer Verpflichtung aus dem Gesellschaftsvertrag. Eine Haftung nach § 708 BGB kann nicht mehr in Betracht kommen, es gelten vielmehr die Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag (1).

Für die Gesellschafterliquidatoren tritt durch die in allen Gesellschaftsangelegenheiten geltende Haftung für eigenübliche Sorgfalt (§708 BGB) insoweit gegenüber den Vorschriften (§§ 678, 680 BGB), die für die Fremdliquidatoren zur Anwendung kommen, eine Haftungserleichterung ein.

Nach der Ansicht des Reichsgerichts (2) soll der Gesellschafterliquidator bei Überschreitung der Geschäftsführungsbefugnis immer nach den Bestimmungen über die Geschäftsführung ohne Auftrag haften. Der Maßstab der eigenüblichen Sorgfalt sei in diesen Fällen für die Haftung nie anzuwenden. Diese Ansicht verkennt jedoch, daß der Gesellschafterliquidator mit der Prüfung des Umfanges seiner Geschäftsführungsbefugnis die Verpflichtung aus dem Gesellschaftsverhältnis wahrnimmt und ihm dafür keine über den Umfang des Gesetzes (§708 BGB) hinausgehende Sorgfaltspflicht auferlegt werden kann.

Ein Teil der älteren Lehre (3) will dagegen den Gesellschafterliquidator auch bei Überschreitung der Geschäftsführungsbefugnis immer nur nach § 708 BGB haften lassen

---

(1) Schlegelberger-Geßler, a.a.O., §114, Anm20; Weipert, a.a.O., § 149, Anm.54; Baumbach-Duden, a.a.O., §149, Anm.1; Hueck, OHG, §1o, VI, 5, S.103;
(2) RG Bd.158, S. 312;
(3) Düringer-Hachenburg-Flechtheim, a.a.O., §115, Anm.6; Ritter, a.a.O., §115, Anm.3, b; Wieland, a.a.O., S.563.

Dies kann jedoch nicht richtig sein, da der Haftungsmaßstab des § 708 BGB zur Voraussetzung hat, daß das betreffende Geschäft entweder objektiv in den Rahmen des Gesellschaftsverhältnisses gehört oder doch subjektiv vom Gesellschafter als in diesen Rahmen gehörend betrachtet werden durfte.

Sind die Liquidatoren ausschließlich Nichtgesellschafter, so haften diese nach § 276 BGB für jedes Verschulden. Der Grund für die Berufung zum Liquidator ist dabei ohne Bedeutung. Auch der Konkursverwalter wird als Liquidator wie ein Dritter behandelt, da er seine Stellung kraft Amtes wahrnimmt und nicht aufgrund des gegenseitigen Vertrauens für die Gesellschaft tätig wird.
Diese abweichende Haftung der Fremdliquidatoren ist erforderlich, da sie den Gesellschaftern als Unbekannte gegenüberstehen und sie mit ihrer Tätigkeit nicht gleichzeitig eigene Interessen wahrnehmen.
Bestritten ist die Regelung, wenn Gesellschafter und Dritte zusammen die Liquidationstätigkeit ausüben. Der Gesellschafterliquidator kann auch in disem Falle nur für die eigenübliche Sorgfalt nach § 708 BGB haften, da er weiterhin mit den übrigen Gesellschaftern durch das gegenseitige Treueverhältnis verbunden bleibt und mit seiner Tätigkeit zugleich eigene Interessen wahrnimmt. Der Nichtgesellschafter haftet dagegen auch hier als Dritter aufgrund des Dienstvertrages für jedes Verschulden nach § 276 BGB. Dies wird auch vom überwiegenden Teil der Lehre und Rechtsprechung angenommen (1).
Dieser Unterschied im Maßstab der Haftung zwischen dem Gesellschafterliquidator und dem Drittliquidator erscheint wegen der von den Liquidatoren gemeinsam ausgeübten Tätigkeit als nicht gerechtfertigt. Die praktische Auswirkung des Unterschiedes wird jedoch durch die Anwendung des Grund-

---

(1) Düringer-Hachenburg-Flechtheim, a.a.O., §149, Anm.17; Schlegelberger-Geßler, a.a.O., §149, Anm.25; Staub-Pinner a.a.O., §149, Anm.33; Weipert, a.a.O., §149, Anm.54; Baumbach-Duden, a.a.O., §151, Anm.1; Disdorn, a.a.O., S.105; Meffert, a.a.O., S.52;
RG in LZ 1913, S.212; in Recht 1907, Nr.1432; 1915, Nr.506.

satzes von Treu und Glauben stark eingeschränkt. So dürfen die Gesellschafter, wenn sie selbst Liquidatoren sind, keine Ersatzansprüche gegen die Drittliquidatoren geltend machen, wenn sie selbst an den Geschäften beteiligt waren, die zur Ersatzpflicht geführt haben. Wollten die Gesellschafterliquidatoren sich dabei auf den unterschiedlichen Haftungsmaßstab berufen, würden sie gegen Treu und Glauben verstoßen (1).

Die Fremdliquidatoren haften nur der Gesellschaft, nicht aber den einzelnen Gesellschaftern, da sie zu diesen in keiner vertraglichen Beziehung stehen (2). Ist der Liquidator dagegen Gesellschafter, so kann er von der Gesellschaft und daneben auch von den einzelnen Gesellschaftern in Anspruch genommen werden. Dies folgt aus der Tatsache, daß für den Gesellschafterliquidator die Verletzungen der Pflichten aus dem Liquidatorenamt gleichzeitig Verletzungen von Pflichten aus dem Gesellschaftsverhältnis sind (3).

4. Die Abberufung der Liquidatoren.

Die Gesellschafter können mit den anderen Liquidationsbeteiligten nach § 147 HGB jeden Liquidator durch einen einstimmigen Beschluß abberufen. Dies ist auch bei dem Liquidator möglich, der durch einen Gerichtsbeschluß bestellt wurde. Denn seine Stellung unterscheidet sich nicht von der, die die vertraglich oder gesetzlich berufenen Liquidatoren haben (4). Zum Teil wird in der Literatur (5) die Ansicht verten, daß der gerichtlich bestellte Liquidator nur durch einen Gerichtsbeschluß nach § 147 HGB abberufen werden könne. Dies widerspricht aber der Tatsache, daß der Gerichtsbeschluß

---

(1) Wimpfheimer a.a.O., S.54; mit unbedeutenden Abweichungen Peters a.a.O., S.34;
(2) Hueck OHG §32,IV,8,b, S.373; Weipert a.a.O.,§149, Anm.54;
(3) BGH in Bd.25, S.49; im Urteil vom 30.11.1959 in NJW 1960, S.433;
(4) Baumbach-Duden a.a.O.,§147, Anm.1A; Hueck OHG §32, IV,5, e, S.370; Staub-Pinner a.a.O.,§147, Anm.2; Goldmann a.a.O., §147, Nr.1, S.654;
(5) Düringer-Hachenburg-Flechtheim a.a.O.,§150, Anm.4; Weipert a.a.O.,§150, Anm.8; Siquet a.a.O., S.27.

der die Ernennung herbeiführt, nur eine Parteistreitigkeit schlichtet, über die sich die Gesellschafter auch anderweitig einigen können.

Die Abberufung der Liquidatoren kann auch durch einen Mehrheitsbeschluß vorgenommen werden, wenn diese Möglichkeit im Gesellschaftsvertrag vorgesehen ist. Nach dem Wortlaut des § 147 HGB könnte man zwar annehmen, daß dazu ein einstimmiger Beschluß der Gesellschafter erforderlich sei. Deshalb wird zum Teil in der Literatur (1) die Ansicht vertreten, daß zur Abberufung der Liquidatoren stets ein einstimmiger Beschluß der Gesellschafter erforderlich sei. Baumbach-Duden (2) will den Mehrheitsbeschluß dann nicht für ausreichend ansehen, wenn er die Abberufung eines gerichtlich bestellten Liquidators herbeiführen soll und der Gesellschafter dagegen stimmt, auf dessen Antrag der betreffende Liquidator bestellt wurde.

Dies kann jedoch nicht richtig sein, da durch die Geltung des Mehrheitsprinzips für den Fall des § 147 HGB weder die Interessen der Gesellschafter noch die Interessen Dritter beeinträchtigt werden können. Die Gesellschafter müssen deshalb, wenn ihnen dies für die Durchführung der Abwicklung günstiger erscheint, die Geltung des Mehrheitsprinzips für die Abberufung der Liquidatoren wirksam vereinbaren können (3).

Soll ein Gesellschafter durch Beschluß vom Liquidatorenamt abberufen werden, so ist, außer bei der Geltung des Mehrheitsprinzips, seine Zustimmung zu dieser Maßnahme erforderlich, da er mit der Abberufung ein ihm zustehendes Recht verlieren würde (4). Er darf deshalb nicht von der Beschlußfassung ausgeschlossen werden, weil über eine ihn betreffende Angelegenheit abgestimmt wird. An diesem Beschluß nehmen der Erbe und der Konkursverwalter ei-

---

(1) Düringer-Hachenburg-Flechtheim a.a.O.,§150, Anm.6; Ritter a.a.O.,§147, Anm.2a; Schlegelberger-Geßler a.a.O.,§147, Anm.2b;
(2) a.a.O.,§147, Anm.2b;
(3) Weipert a.a.O.,§147, Anm.7; Hueck OHG §32, IV,3,c, S.363;
(4) Schlegelberger-Geßler a.a.O.,§147, Anm.2a; Heymann-Kötter a.a.O.,§146, Anm.3; ROHG 20, S.11.

nes Gesellschafters teil. Auch der kündigende Privatgläubiger eines Gesellschafters muß zustimmen, da mit dem Beschluß von der Durchführung der Abwicklung der Gesellschaft nach den gesetzlichen Vorschriften abgewichen werden soll. (1).

Wird ein Fremdliquidator abberufen, so kann er sich nicht dagegen wehren, indem er sich auf den mit ihm abgeschlossenen Dienstvertrag beruft. Die Abberufung wirkt sofort, er darf an den weiteren Liquidationsgeschäften nicht mehr teilnehmen. Der Abberufungsbeschluß beseitigt jedoch den mit ihm abgeschlossenen Dienstvertrag nicht, er hat vielmehr nur die Wirkung einer Kündigung, bei Vorliegen eines wichtigen Grundes, die einer außerordentlichen Kündigung Deshalb bleiben dem Fremdliquidator bei einer unbegründeten Abberufung , auch wenn er an den Liquidationsgeschäften nicht mehr teilnehmen kann, bis zum Ablauf der Kündigungsfrist die vertraglich zugesicherten Bezüge erhalten (2).

Außerdem wird die Auffassung vertreten (3), daß die Liquidatoren von den Gesellschaftern auch stillschweigend durch andauernde Umgehung, wie z.B. durch Bestellung von Liquidatoren mit Einzelgeschäftsführungsbefugnis, abberufen werden können. Dies ist jedoch abzulehnen, da der Wortlaut des § 147 HGB für die Abberufung der Liquidatoren einen Beschluß voraussetzt. Dieser muß, um wirksam zu werden, dem Abberufenen mitgeteilt werden. Aus dem stillschweigenden Verhalten der Gesellschafter kann aber der Liquidator nicht entnehmen, ob er abberufen ist oder nicht. Deshalb erfordert die Bedeutung der Abberufung eines Liquidators für diesen und die Gesellschaft, daß sie nur auf Grund eines klaren Sachverhaltes erfolgen kann. Ein solcher ist aber nur beim Vorliegen eines Beschlusses, nicht aber schon bei stillschweigender Übereinstimmung der Gesellschafter gegeben (4).

---

(1) Schlegelberger-Geßler a.a.O.,§147, Anm.3; Baumbach-duden a.a.O.,§147, Anm.2A;
(2) Düringer-Hachenburg-Flechtheim a.a.O., §147, Anm.7;
(3) Düringer-Hachenburg-Flechtheim a.a.O., §147,Anm.5;
(4) Peters a.a.O., S.25.

Umstritten ist die Frage, ob die Gesellschafter auf ihr Recht, die Liquidatoren durch Beschluß abzuberufen, verzichten können. Die herrschende Lehre (1) läßt dies schon im ursprünglichen Gesellschaftsvertrag zu. Dies ergibt sich aus der freien Stellung der Gesellschafter in der Liquidation. Daneben gilt der Rechtsgedanke des §168 BGB, der den Verzicht auf den Widerruf der Vollmacht zuläßt. Diese Vorschrift ist zwar nicht direkt anwendbar, da das Verhältnis zwischen den Gesellschaftern und den Liquidatoren nicht dem der Bevollmächtigung entspricht. Da aber die Interessenlage gleich ist, können die Gesellschafter auch auf ihr Abberufungsrecht verzichten.

Dieser Verzicht auf die Abberufung durch Vereinbarung ist insbesondere für den Fall des Liquidationsvergleiches von Bedeutung. Dabei müssen die Gesellschafter den Gläubigern die Sicherheit geben, daß sie die von den Gläubigern benannten Liquidatoren nicht durch Beschluß abberufen können.

Zum Teil wird auch die Ansicht vertreten (2), daß das Recht der Gesellschafter, die Liquidatoren durch Beschluß abzuberufen, unverzichtbar sei. Die Gesellschafter dürften nicht an unbequeme und ihre Interessen schädigende Liquidatoren gebunden sein. Diese Ansicht ist aber abzulehnen, da die Liquidationsbeteiligten das Recht haben, nach § 147, Satz 2 HGB den Liquidator aus wichtigem Grund durch Gerichtsbeschluß abberufen zu lassen. Dieses Antragsrecht ist unverzichtbar (3), was sich schon aus dem Zweck der Vorschrift ergibt, die Liquidationsbeteiligten vor den Nachteilen ungeeigneter Liquidatoren zu schützen. Dazuhin brauchen die Liquidationsbeteiligten diese Möglichkeit, da ihnen Liquidatoren aufgezwungen werden können, auf deren Bestellung sie keinen Einfluß

---

(1) Schlegelberger-Geßler a.a.O.,§147, Anm.4; Ritter a.a.O.,§147, Anm.2d; Weipert a.a.O., §147, Anm.13; Hueck OHG §32,IV,3,c, S.363;
(2) Düringer-Hachenburg-Flechtheim a.a.O.,§147, Anm.7; ROHG 23, S.329;
(3) Baumbach-Duden a.a.O.,§147, Anm.1A; Schlegelberger-Geßler a.a.O.,§147, Anm.7; Weipert a.a.O.,§147, Anm.16 Hueck OHG §32,IV,3c, S.363.

haben (so z.B. der Konkursverwalter oder der vom Gericht bestellte Liquidator).
Was für die Abberufung der Liquidatoren gilt, muß auch für die Beschränkung ihrer Befugnisse im Innenverhältnis gelten.Dies trifft auch für den Fall zu, daß durch die Bestellung weiterer Liquidatoren die ursprünglichen in ihren Befugnissen beschränkt werden.(1).

D. Das Verfahren bei der Abwicklung der Gesellschaft.

Die Tätigkeit der Liquidatoren ist auf das Ziel ausgerichtet, das Gesellschaftsvermögen möglichst günstig zu verwerten, um dem einzelnen Gesellschafter einen möglichst hohen Liquidationsgewinn zu verschaffen. Dagegen ist es normalerweise für die Gesellschafter nicht so wichtig, daß die Auflösung rasch durchgeführt wird. Die Gläubigerinteressen werden durch die Auflösung der Gesellschaft nicht beeinträchtigt, so daß die Gesellschafter mit den übrigen Liquidationsbeteiligten die Form der Abwicklung und Verwertung beliebig gestalten können.

1. Die Anmeldungen zum Handelsregister.

Nach § 143 HGB müssen die Auflösung der OHG und die Namen der Liquidatoren in das Handelsregister eingetragen werden. Eine Ausnahme gilt für die gerichtlich bestellten Liquidatoren, die nach § 148, Abs. 2 HGB von Amts wegen in das Handelsregister eingetragen werden.
Zur Vornahme dieser Eintragungen sind die Gesellschafter verpflichtet. Sie bleiben für die Richtigkeit des Handelsregisters bezüglich der eintragungspflichtigen Tatsachen verantwortlich, insbesondere, wenn es sich um eine Änderung im Grundverhältnis der Gesellschaft handelt.(2).

---

(1) Baumbach-Duden a.a.O.,§147, Anm.1B;
(2) Düringer-Hachenburg-Flechtheim a.a.O.,§148, Anm.3; Goldmann a.a.O.,§148, Nr.8; Disdorn a.a.O., S.76; anderer Ansicht sind Staub-Pinner a.a.O.,§148, Anm.3; und Lehmann-Ring a.a.O.,§148, Nr.19.

Dies gilt auch, wenn schon Liquidatoren bestellt wurden, die die Eintragung vornehmen könnten. Auch der in Konkurs gefallene Gesellschafter und nicht der Konkursverwalter muß bei der Eintragung mitwirken. Denn dabei handelt es sich um eine Pflicht, die sich aus der Mitgliedschaft ergibt und durch deren Erfüllung der Vermögensanteil des Gesellschafters nicht berührt wird (1). Für die während der Liquidation erforderlich werdenden Eintragungen sind allerdings dann die Liquidatoren zuständig, wenn es sich um eintragungsbedürftige Tatsachen handelt, die in den Rahmen der Geschäftsführung fallen (so z.B. bei einer Änderung des Gesellschaftssitzes). Zur Eintragung von Tatsachen, die sich auf das Grundverhältnis beziehen, bleiben aber nach wie vor die Gesellschafter allein verpflichtet (2).
Anderer Ansicht ist ein Teil der Literatur (3), nach dem für die in der Liquidation erforderlich werdenden Eintragungen ins Handelsregister nur die Liquidatoren verantwortlich sein sollen. Dies kann aber für solche Tatsachen nicht der Fall sein, die außerhalb ihres Wirkungskreises liegen, wie z.B. der Eintritt eines neuen Gesellschafters. Sind die Gesellschafter zur Eintragung verpflichtet, so ergibt sich aus dem Gesellschaftsverhältnis, daß jeder Gesellschafter den anderen mit der actio pro socio dazu zwingen kann (4).

2. Die Abwicklung der Geschäfte.

Das Ziel der Liquidatorentätigkeit ist die Verwandlung des Gesellschaftsvermögens in Geldwerte. Dementsprechend

---

(1) Schlegelberger-Geßler a.a.O.,§148, Anm.4; Weipert a.a.O., §148, Anm.8; Ritter a.a.O.,§148, Anm.2; anderer Ansicht ist Baumbach-Duden a.a.O.,§148, Anm.2;
(2) Schlegelberger-Geßler a.a.O.,§148, Anm.9; Düringer-Hachenburg-Flechtheim a.a.O.,§148, Anm.4; Weipert a.a.O., §148, Anm.11; Hueck OHG §32,IV,4, S.365;
(3) Staub-Pinner a.a.O., §148, Anm.8; Goldmann a.a.O.,§148, Nr.19; Makower a.a.O.,§148, Anm.1B; Brand a.a.O.,§148, Anm.5;
(4) Heymann-Kötter, a.a.O.,§148, Anm.11; ROHG 10, S.437.

müssen die Liquidatoren zunächst alle Forderungen der Gesellschaft einziehen. Dies gilt auch für die Ansprüche der Gesellschaft gegen die Gesellschafter (1). Zu diesen Forderungen können auch die rückständigen Beiträge der Gesellschafter gehören, soweit sie für die Durchführung der Liquidation erforderlich sind. Die Liquidatoren können aber von einem Gesellschafter nicht die Ausgleichung seines passiven Kapitalkontos durch eine Einzahlung verlangen. Dieser negative Stand des Kapitalkontos stellt keine Forderung der Gesellschaft gegen den Gesellschafter dar, sondern ist nur für die interne Ausgleichung der Gesellschafter nach der Schlußauseinandersetzung von Bedeutung. Diese erfolgt aber erst nach der Verteilung des Liquidationserlöses und ist nicht mehr die Aufgabe der Liquidatoren (2).
Die Liquidatoren können von den Gesellschaftern keine Nachschüsse verlangen, selbst wenn dadurch das Gesellschaftsvermögen günstiger verwertet werden könnte. Der Gesellschaftsvertrag kann aber eine solche Nachschußpflicht vorsehen. Gegenüber den Schuldnern der Gesellschaft sind im Rahmen der Geschäftsführung auch Vergleiche und Verzichte auf zweifelhafte Forderungen möglich (3).
Die Liquidatoren können die Ansprüche der Gesellschaft aber nicht im eigenen Namen geltend machen. Da sie nur Vertreter der Liquidationsgesellschaft sind, müssen sie in deren Namen auftreten und können die Zahlung nur an diese verlangen (4).

Neben der Einziehung der Gesellschaftsforderungen muß das Hauptziel der Liquidatoren die Umsetzung des Gesellschaftsvermögens in Geldwerte sein. Dazu können sie jedes geeignete Geschäft eingehen. Für diese Verwertung

---

(1) RG 90, S.301; Baumbach-Duden a.a.O.,§151, Anm.2B;
(2) RG in LZ 1914, S.1030; Hueck OHG §32,V,2, S.375; Baumbach-Duden a.a.O.,§151, Anm.2B;
(3) Heymann-Kötter a.a.O.,§149, Anm.2;
(4) so die ganze herrschende Lehre.

des Gesellschaftsvermögens kann die Beschränkung des § 149, I, Satz 1 HGB nicht gelten, wonach die Liquidatoren neue Geschäfte nur zur Beendigung der schon schwebenden eingehen können.

Die Liquidatoren sind verpflichtet, alle Verwertungsmöglichlichkeiten zu prüfen, um einen möglichst hohen Erlös zu erzielen. So können sie zunächst die Verwertung aufschieben und eine günstigere Marktlage abwarten. Die Liquidatoren können auch das ganze Unternehmen mit Aktiven und Passiven veräußern, wenn ihnen dies als die günstigste Verwertungsart erscheint. Der einzelne Gesellschafter, der nicht Liquidator ist, hat dagegen kein Widerspruchsrecht (1). Wird aber die Firma der OHG mitveräußert, so müssen alle Gesellschafter zustimmen. Dies gilt auch für jene, deren Namen nicht in der Firma erscheinen. Diese Zustimmung ist erforderlich, weil die Firma als solche ihren Wert nur durch das Ansehen und die Arbeitskraft aller Gesellschafter erhalten hat. Die Gesellschafter können deshalb ein Interesse daran haben, daß der Name der ursprünglichen OHG nicht von einer fremden Gesellschaft geführt wird, insbesondere, wenn nach der Vollbeendigung der Gesellschaft die Errichtung einer neuen Firma mit ähnlichem Namen in derselben Branche geplant ist (2).

Sind die Gesellschafter mit der Veräußerung der Firma einverstanden, so ist dies beim Verkauf des ganzen Unternehmens günstig, da damit auch der good will des Unternehmens verwertet werden kann. Dieser würde sonst mit dem Erlöschen der Firma ohne Gegenwert verloren gehen.

Daneben müssen die Liquidatoren die Gläubiger der Gesellschaft befriedigen. Sie können die Reihenfolge, in der die Gläubiger aus der Liquidationsmasse befriedigt werden, nach eigenem Ermessen bestimmen, da kein Gläubiger einen Anspruch auf Befriedigung aus der Liquidationsmasse hat (3).

---

(1) Schlegelberger-Geßler,a.a.O.,§149,Anm.11;
(2) Baumbach-Duden,a.a.O.,§151,Anm.2,C; Schlegelberger-Geßler,a.a.O.,§149,Anm.11;Weipert,a.a.O.,§149,Anm.20; Ritter,a.a.O.,§22,Anm.5;Hueck,OHG,§32,IV,5,b,Anm.47; RG 158,S.336;
(3) Baumbach-Duden,a.a.O.,§151,Anm.2,D.

Reicht das Gesellschaftsvermögen zur Befriedigung aller Gläubiger nicht aus, so brauchen die Liquidatoren keine anteilige Verteilung vorzunehmen. Der Gläubiger, der nicht aus der Liquidationsmasse befriedigt werden kann, muß sich an die Gesellschafter halten.
Auch der Gesellschafter, der eine Forderung aus einem von seiner Mitgliedschaft unabhängigen Grund gegen die Gesellschaft hat, steht grundsätzlich einem Dritten gleich (1). Aber die von ihm als Gesellschafter zu beachtende Treuepflicht kann verlangen, daß er mit seiner Forderung zurücksteht, wenn durch deren Geltendmachung der ordnungsgemässe Ablauf der Liquidation gestört werden würde (2). Der Nachweis, daß sein Vorgehen für die Liquidatoren störend sei, muß von den Liquidatoren erbracht werden (3). Dafür genügt es nicht, daß die Gesellschaftsmittel nicht zur Befriedigung aller Gläubiger ausreichen (4).

Für erst künftig fällig werdende oder bestrittene Forderungen müssen die Liquidatoren in der Schlußbilanz einen entsprechenden Wert zurückbehalten, der nicht als Liquidationsgewinn auf die einzelnen Kapitalkonten der Gesellschafter verteilt werden darf (5). Darauf haben die Gesellschafter einen Anspruch, um sich und die Mitgesellschafter vor einer Inanspruchnahme nach der Auflösung zu schützen.

3. Die Pflicht zur Buchführung und Erstellung von Bilanzen.

Die Gesellschaft behält bis zu ihrer Vollbeendigung die Kaufmannseigenschaft und ist demnach auch im

---

(1) OLG Celle in LZ 1913,S.402;
(2) Hueck,OHG, §32,V,4,S.376;
(3) Baumbach-Duden,a.a.O.,§151,Anm.2,D; Weipert,a.a.O., §151,Anm.4; Anderer Ansicht sind RG 29,S.15 und Schlegelberger-Geßler,a.a.O.,§149,Anm.14;
(4) Hueck,OHG,§32,V,4,S.377; Staub-Pinner,a.a.O.,§149, Anm.14; RG 129,S.16;
(5) Urias,a.a.O.,S.78.

Zustand der Liquidation zur Buchführung nach § 38 HGB verpflichtet. Die Buchführung ist ein Teil der Geschäftsführung und wird deshalb von den Liquidatoren wahrgenommen. Für die Erfüllung der Buchführungspflicht sind nicht die Liquidatoren, sondern die Gesellschafter verantwortlich (1). Es gibt zwar im HGB keine Vorschrift, durch die die Buchführung nach § 38 HGB erzwungen werden könnte. Jedoch sieht die Reichsabgabenordnung in ihren §§ 160- 162 ebenfalls die Pflicht zur Buchführung vor. Nach § 202 dieses Gesetzes kann die Buchführung erzwungen werden. Daneben kann die Nichterfüllung der Buchführungspflicht im Konkurs der Gesellschaft oder eines Gesellschafters zu der Bestrafung nach den §§ 239 ff KO wegen betrügerischem Bankrott führen. Dazuhin kann sich die Buchführungspflicht als Nebenwirkung von gesetzlichen oder vertraglichen Pflichten ergeben, z.B. bei der Verwaltung fremden Vermögens. Die Pflicht zur Buchführung besteht weiterhin bei Leistungsverpflichtungen, die nur auf Grund der Buchführung errechnet werden können, wie z.B. bei Lizenzverträgen.
Die Haftung der Gesellschafter ergibt sich aus ihrer Kaufmannseigenschaft, die in der Liquidation bestehen bleibt, und kraft derer sie der Buchführungspflicht unterworfen sind (2).
Da die Buchführung jedoch intern die Aufgabe der Liquidatoren ist, würde der Gesellschafter damit für Handlungen haften, die er selbst nicht begangen hat oder nicht hindern kann. Deshalb muß dem von der Liquidatorenstellung ausgeschlossenen Gesellschafter die Möglichkeit gegeben werden, sich durch den Nachweis, daß ein Grund zur Annahme unredlicher Geschäftsführung nicht bestand, von

---

(1) Düringer-Hachenburg-Flechtheim a.a.O.,§154, Anm.6; RGST 45, S.387;
(2) siehe Anm.1.

der Haftung befreien zu können.
Anderer Ansicht ist Hueck (1), der für die Erfüllung der Buchführungspflicht nur die Liquidatoren haften lassen will. Dies widerspricht jedoch der Tatsache, daß auch die Gesellschafter, die nicht Liquidatoren sind, Kaufleute bleiben und kraft dieser Eigenschaft zur Buchführung verpflichtet sind.

Nach dem Wortlaut des § 154 HGB haben die Liquidatoren als erstes Geschäft die Liquidationseröffnungsbilanz zu erstellen. Diese Eröffnungsbilanz steht im Gegensatz zu der normalen Jahresbilanz der werbenden Gesellschaft. Sie dient nicht wie diese zur Ermittlung des Jahresgewinnes unter Berücksichtigung der Abschreibungen und Rückstellungen, sondern soll eine vorsichtige Schätzung des Wertes, den das Gesellschaftsvermögen darstellt, unter Berücksichtigung des voraussichtlichen Verkaufserlöses der Vermögensgegenstände sein (2). Dazu müssen die offenen und stillen Reserven der letzten Jahresbilanz aufgelöst werden.
Ein etwa sich ergebender Gewinn gegenüber der letzten Jahresbilanz wird aber nicht auf die Kapitalkonten der Gesellschafter verteilt, sondern vorgetragen. Dies wird auch überwiegend in der Literatur (3) angenommen, da der in der Eröffnungsbilanz erscheinende Gewinn nicht endgültig feststeht, sondern auf einer Schätzung beruht, deren Richtigkeit sich erst bei der Verwertung der einzelnen Vermögensgegenstände zeigt. Es besteht insofern keine Kontinuität zwischen Jahresbilanz und der Liquidationseröffnungsbilanz, da sie nach verschiedenen

---

(1) OHG §32,VI,1, S.377;
(2) Düringer-Hachenburg-Flechtheim a.a.O.,§154, Anm.6; Staub-Pinner a.a.O.,§154, Anm.3; Hueck OHG §32,VI, 2, S.378;cRG 90, S.107;
(3) Baumbach-Duden a.a.O.,§154, Anm.2A; Staub-Pinner a.a.O., §154, Anm.6; Neufeld-Schwarz a.a.O.,§154, Anm.2; Lehmann Ring a.a.O.,§154, Anm.1.

Grundsätzen und Gesichtspunkten erstellt werden (1). Für die Erstellung der Liquidationseröffnungsbilanz sind allein die Liquidatoren verantwortlich, da dies nach § 154 HGB ein Teil der Liquidatorentätigkeit ist (2). Staub-Pinner (3) will daneben auch die Gesellschafter verantwortlich sein lassen. Dies steht aber in klarem Gegensatz zum Wortlaut des § 154 HGB, außerdem könnte der einzelne Gesellschafter die ordnungsgemäße Erstellung der Eröffnungsbilanz nicht überwachen, ohne sich einen genauen Überblick über die Vermögensverhältnisse der OHG verschafft zu haben. Dies kann aber von ihm nicht verlangt werden.

Nachdem die Liquidatoren das Gesellschaftsvermögen in Geld umgesetzt haben, das verteilt werden kann, sind sie nach § 154 HGB zur Erstellung der Liquidationsschlußbilanz verpflichtet. Ebenso wie bei der Eröffnungsbilanz trifft diese Verpflichtung nur die Liquidatoren, nicht aber die Gesellschafter als solche. Der in der Schlußbilanz festgestellte Gewinn muß auf die einzelnen Kapitalkonten der Gesellschafter verteilt werden. Der Verteilungsmaßstab ergibt sich aus dem Gesellschaftsvertrag oder aus § 121 HGB. Hat dagegen die Liquidation mit Verlust geendet, so wird dieser nach dem unter den Gesellschaftern geltenden Maßstab der Verlusttragung auf die einzelnen Kapitalkonten verteilt.

Solange die Gesellschaft noch nicht beendet ist, muß für sie außerdem die steuerrechtliche Bilanz erstellt werden. Dafür sind wieder die Gesellschafter als Kaufleute verantwortlich. Es gilt das oben über die Buchführungspflicht Ausgeführte.

Jeder einzelne Gesellschafter hat gegen die Liquidatoren, auch soweit es sich um Fremdliquidatoren handelt, den Anspruch auf Erstellung der Liquidationsschlußbilanz. Dies

---

(1) RG in JW 1938,S.360;
(2) Hueck,OHG, §32, VI, 1, S. 377;
(3) Staub-Pinner,a.a.O.,§154,Anm.6.

ergibt sich aus § 154 HGB (1). Dieser Anspruch ist für den einzelnen Gesellschafter erforderlich, da von der Aufstellung dieser Bilanz sein endgültiger Kapitalanteil und die Höhe des Anspruches auf das Auseinandersetzungsguthaben abhängt. Der Anspruch steht auch den Erben und dem Konkursverwalter eines Gesellschafters, nicht aber dem kündigenden Privatgläubiger zu (2).

III. Hauptteil:

Die Stellung der Gesellschafter zu der Liquidationsgesellschaft.

A. Rechte und Pflichten aus dem Gesellschaftsverhältnis.

1. Die Gewinnverteilung.

In der werbenden Gesellschaft wird zum Schluß eines jeden Geschäftsjahres die Jahresbilanz zur Gewinnermittlung erstellt. Der sich aus dieser Bilanz ergebende Gewinn wird dann nach Maßgabe dieser Vereinbarung oder gemäß der Vorschrift des § 120 HGB unter die Gesellschafter verteilt. In der Liquidation wird dagegen kein eigentlicher Gewinn mehr erzielt, da keine werbenden Geschäfte mehr abgeschlossen werden. Der Liquidationserlös ist vielmehr nur die Verwertung des vorher schon geschaffenen Gesellschaftsvermögens. Dieser Erlös lässt sich auch erst am Ende der Liquidation feststellen, da erst zu diesem Zeitpunkt feststeht, ob die Verwertung den in der Liquidationseröffnungsbilanz niedergelegten Erwartungen entspricht.

---

(1) Schlegelberger-Geßler, a.a.O., §155, Anm.; Düringer-Hachenburg-Flechtheim, a.a.O., §154, Anm.13; Weipert, a.a.O., §154, Anm.15; KG in OLGE 21, S.378; Anderer Ansicht ist nur Ritter, a.a.O., §154, Anm.4;
(2) Schlegelberger-Geßler, a.a.O., §155, Anm.4;

Daraus ergibt sich, daß während der Liquidation kein Gewinn ermittelt und ausgeschüttet werden kann. Der Gesellschafter darf deshalb während der Liquidation keine Entnahmen aus der Gesellschaftskasse nach § 122 HGB machen. Dies wird durch die Vorschrift des § 155 Abs. II Satz 3 HGB ausdrücklich ausgeschlossen.
Der Grundgedanke des § 122 HGB kann demnach nur bei der Verteilung des Liquidationserlöses zur Anwendung kommen. Dabei muß dem Gesellschafter vorab für das von ihm der Gesellschaft zur Verfügung gestellte Kapital ein Kapitalzins von 4 v. Hundert zugebilligt werden.
Der Gesellschafter darf während der Liquidation auch keine Abschlagszahlungen auf sein Auseinandersetzungsguthaben verlangen, da dieses erst mit der Erstellung der Liquidationsschlußbilanz feststeht (1).
Anders ist es nur, wenn der Gewinn eines vor oder mit der Auflösung abgelaufenen Geschäftsjahres schon feststeht. Diesen festgestellten Gewinn kann er auch während der Liquidation entnehmen (2). Dagegen spricht zwar der Sinn des Gesetzes, wonach mit dem Zeitpunkt der Auflösung der Gesellschaft bis zur Schlußverteilung nur die Verteilung des für die Liquidation überflüssigen Geldes möglich sein soll (3). Das Gesetz will jedoch nur verhindern, daß ein nicht genau festgestellter Liquidationsgewinn unter die Gesellschafter verteilt wird, ohne daß feststeht, ob die Liquidation im gesamten mit einem Gewinn in dieser Höhe abschliesst. Ist aber der Gewinn im werbenden Zustand der OHG entstanden und in einer Jahresbilanz festgestellt, so kann er auch noch in der Liquidation abgehoben werden. Er fällt nicht in die Liquidationsmasse, sondern stellt eine zu befriedigende Forderung des Gesellschafters dar. Ist der Gewinn dagegen bilanzmäßig nicht festgestellt, so muß er in die Liquidationsmasse fallen und kann nicht entnommen

---

(1) Düringer-Hachenburg-Flechtheim, a.a.O., §155, Anm.7,8;
(2) Weipert, a.a.O., §155, Anm.13;
(3) Düringer-Hachenburg-Flechtheim, a.a.O., §155, Anm.7; Hueck, OHG, §32, VII 1 S. 337.

werden(1). Das gesellschaftliche Treueverhältnis kann jedoch vom Gesellschafter verlangen, daß er, um die Durchführung der Liquidation nicht zu stören, die Entnahme hinausschiebt oder sogar ganz unterlässt.

Da somit der Gesellschafter von seinem Anteil am Gesellschaftsvermögen während der Liquidation kein Geld erhalten würde, bestimmt § 155 Abs.II HGB, daß das während der Liquidation überflüssige Geld verteilt werden muß. Die Entscheidung über die Frage, welcher Betrag für die Durchführung der Liquidation überflüssig ist, steht als Maßnahme der Geschäftsführung allein den Liquidatoren zu (2). Diese müssen nach dem Wortlaut des Gesetzes berücksichtigen, ob entsprechende Rücklagen für nicht fällige oder bestrittene Forderungen nötig sind. Zur Feststellung des überflüssigen Geldes kann bei einem umfangreichen Unternehmen die Aufstellung einer Zwischenbilanz nötig sein und von den Gesellschaftern verlangt werden (3). Die Verteilung dieser überflüssigen Gelder erfolgt nach den Kapitalanteilen der einzelnen Gesellschafter, wie sie sich aus der letzten Jahresbilanz ergeben. Es müssen jedoch die seit der Erstellung der letzten Jahresbilanz während der Liquidation eingetretenen Veränderungen der Kapitalanteile berücksichtigt werden (4). Anderer Ansicht sind folgerichtig die Autoren, die die Kapitalanteile der Gesellschafter in der Liquidationseröffnungsbilanz durch den zwischen der letzten Jahresbilanz und der Auflösung gemachten Gewinn berichtigen wollen. Sie verlangen, daß das überflüssige Geld nach den Kapitalkonten der Liquidationseröffnungsbilanz verteilt wird (5).

---

(1) Hueck,OHG,§32,VII,1,S.380;
(2) Disdorn,a.a.O.,S.96;
(3) Schlegelberger-Geßler,a.a.O.,§155,Anm.8;
(4) Düringer-Hachenburg-Flechtheim,a.a.O.,§155,Anm.6; Weipert,a.a.O.,§155,Anm.6; Hueck,OHG,§32,VII,1,S.380; Schlegelberger-Geßler,a.a.O.,§155,Anm.8; Baumbach-Duden,a.a.O.,§155,Anm.3,A;
(5) Staub-Pinner,a.a.O.,§155,Anm.6; Makower,a.a.O.,§155, Anm.III,b,3; Goldmann,a.a.O.,§155,Anm.12.

Durch diese vorläufige Verteilung wird das Kapitalkonto der Gesellschafter belastet, sie verringert deren Anspruch auf die Auseinandersetzungsmasse. Sie muß außerdem für die Berechnung der Kapitaldividende bei der Schlußverteilung berücksichtigt werden.
Der einzelne Gesellschafter hat dabei einen klagbaren Anspruch auf die Summe, die ihm bei ordnungsgemäßer Verteilung nach seinem Kapitalanteil zusteht (1).
Er muß allerdings zur Begründung seiner Forderung dartun, daß ein entsprechender Geldbetrag zur Durchführung der Liquidation nicht mehr erforderlich sei und deshalb die Verteilung der Liquidation nicht gefährde.Da es sich bei diesem Anspruch um einen Teil des Anspruches auf das Auseinandersetzungsguthaben handelt, kann er abgetreten und verpfändet werden (§ 717 Abs.II BGB). Demnach kann er auch vom Pfandgläubiger und Zessionar des Auseinandersetzungsanspruches geltend gemacht werden.
Entsteht unter den Gesellschaftern Streit über die Vermögensverteilung, dann müssen die Liquidatoren die Verteilung aussetzen, selbst wenn sie den Streit für unbeachtlich halten (§ 155 Abs.III HGB). Ebenso ist es, wenn ein Gesellschafter der Verteilung widerspricht oder seinen Widerspruch durch Klage auf Unterlassung geltend macht. Die Vermögensverteilung kann erst dann erfolgen, wenn der Streit geschlichtet ist und alle Gesellschafter mit der Verteilung in der geplanten Art und Weise einverstanden sind (3).
Die vorläufige Vermögensverteilung an die Gesellschafter erfolgt jedoch unter der Bedingung, daß sich die Voraussetzungen, unter denen sie vorgenommen wurde, als richtig erweisen. Diese Voraussetzungen sind einmal, daß

---

(1) Schlegelberger-Geßler,a.a.O.,§155, Anm.11; Hueck, OHG,§32,VII,S.381; RG 47,S.19;
(2) Düringer-Hachenburg-Flechtheim,a.a.O.,§155,Anm.25; Schlegelberger-Geßler,a.a.O.,§155,Anm.16;

das Vermögen nicht für die Durchführung der Liquidation erforderlich ist und dazuhin der Gesellschafter nach seinem Kapitalanteil in der Schlußbilanz einen Anspruch in dieser Höhe auf das Auseinandersetzungsguthaben haben wird. Treten diese Bedingungen nicht ein, so ist der Gesellschafter verpflichtet, die erhaltene Summe zum Teil oder ganz zurückzubezahlen (1).

Anderer Ansicht ist ein Teil der Literatur (2), der annimmt, daß eine Rückforderung durch die Liquidatoren nicht möglich sei. Falls zuviel ausbezahlt worden sei, hätten die Gesellschafter bei der Schlußverteilung unter sich den erforderlichen Ausgleich zu schaffen. Diese Ansicht geht jedoch fehl, da der Fall eintreten kann, daß ein Gesellschafter zuviel und die anderen zuwenig erhalten haben. Dann steht denen, die zu wenig erhalten haben, ein klagbarer Anspruch gegen die Liquidationsgesellschaft zu; dieser Anspruch kann aber von den Liquidatoren nur erfüllt werden, wenn der Gesellschafter das zuviel Erhaltene zurückerstatten muß.

Der Gesellschafter braucht jedoch für das zuviel Erhaltene keine Zinsen zu bezahlen, da er zunächst diese Summe auch nach der Ansicht der Liquidatoren zu Recht erhalten hat (3).

Die Rückgabeverpflichtung haben nicht nur die Gesellschafter, sondern auch der kündigende Privatgläubiger, der Zessionar und der Pfandgläubiger des Auseinandersetzungsguthabens. Dasselbe gilt für den Konkursverwalter, wobei die Forderung der Gesellschaft eine Masseschuld nach § 59 II KO ist (4). Dies folgt daraus, daß sich die Rückerstattungspflicht nicht aus dem Gesellschaftsverhältnis, sondern aus dem Nichteintritt der Bedingung, unter der die Leistung erfolgte, ergibt.

---

(1) Düringer-Hachenburg-Flechtheim, a.a.O., §155, Anm.8;
(2) Düringer-Hachenburg-Flechtheim, a.a.O., §155, Anm.11; Schlegelberger-Geßler, a.a.O., §155, Anm.14; Weipert, a.a.O., §155, Anm.12; RG in LZ 1931, S.1261;
(3) Bierast, a.a.O., S.38; RG in LZ 1931, S.1261; Anderer Ansicht ist Baumbach-Duden, a.a.O., §155, Anm.1; RG 151, 125;
(4) Düringer-Hachenburg-Flechtheim, a.a.O., §155, Anm.8; Bierast, a.a.O., S.98; Anderer Ansicht ist Staub-Pinner, a.a.O., §155, Anm.4.

Aufgrund des Bereicherungsrechtes können die Liquidatoren das Geleistete aber nicht zurückfordern, da der Gesellschafter die Zahlung mit Rechtsgrund erhalten hat (1).

2. Der Ersatz von Aufwendungen und Verlusten.

Für die werbende Gesellschaft bestimmt § 110 HGB, daß die Gesellschaft verpflichtet ist, die Aufwendungen des Gesellschafters in Gesellschaftsangelegenheiten sowie dessen Verluste durch die Geschäftsführung zu ersetzen.
Die Vorschrift des § 110 gilt auch im Stadium der Liquidation für die Liquidatoren, soweit sie Gesellschafter sind, können sie unter den Voraussetzungen des § 110 HGB von der Liquidationsgesellschaft Ersatz verlangen (2). Dem Gesellschafter kann nicht zugemutet werden, die Vermögensverluste, die er durch seine Tätigkeit für alle Gesellschafter erlitten hat, selbst zu tragen. Dies würde sich als eine im Gesellschaftsvertrag nicht vorgesehene Erhöhung seiner Beitragsleistung auswirken (3). Außerdem würde die Aktivität der Gesellschafterliquidatoren gehemmt, da keiner Auslagen machen würde, die er erst mit der Auseinandersetzung des Gesellschaftsvermögens ersetzt erhalten würde.
Insofern ist der Grundsatz durchbrochen, daß in der Liquidation die Einzelansprüche des Gesellschafters in seinem Anspruch auf das Auseinandersetzungsguthaben aufgehen und nicht mehr für sich geltend gemacht werden können.
Der Gesellschafterliquidator muß allerdings bei der Geltendmachung des Anspruches die Interessen der Liquidationsgesellschaft berücksichtigen. Die Befriedigung seiner Forderung darf die ordnungsgemässe Durchführung der Liquidation nicht gefährden.

---

(1) Haupt,a.a.O.,§18,III,5,S.87;Bierast,a.a.O.,S.38;
(2) Schlegelberger-Geßler,§128,Anm.24;Baumbah-Duden,a.a.O., §149,Anm.2,d; Ritter,a.a.O.,§149,Anm.5;Wieland,a.a.O., §62,4,S.704; RG 31,S.144;59,S.143;80,S.286;
(3) Schlegelberger-Geßler,a.a.O.,§149,Anm.14.

Die Gesellschaft haftet dabei in voller Höhe, der Gesellschafter braucht sich ein passives Kapitalkonto nicht entgegenhalten zu lassen. Auch darf die Gesellschaft keinen Abzug in Höhe seiner Verlustbeteiligung vornehmen (1). Für die Liquidatoren, die keine Gesellschafter sind, ergibt sich das Recht auf Erstattung von Auslagen aus den Vorschriften über den Auftrag nach §§ 670, 675 BGB.

Die erfolgreiche Geltendmachung des Anspruches nach § 110 HGB durch die Gesellschafterliquidatoren setzt allerdings voraus, daß Liquidationsmasse vorhanden ist. Sonst müssen sie mit der Erstattung bis zur Berechnung ihres Auseinandersetzungsanspruches warten (2). Denn der Anspruch aus § 110 HGB auf Auslagenersatz kann vor der Beendigung der Gesellschaft nicht gegen die Mitgesellschafter geltend gemacht werden (3). Er ist auf Seiten der Gesellschaft eine Sozialverpflichtung, die nur zwischen dem Gesellschafterliquidator und der Gesellschaft besteht.

Anders ist es dagegen, wenn der Gesellschafter aufgrund seiner unmittelbaren Haftung nach § 128 HGB von einem Gesellschaftsgläubiger zur Zahlung herangezogen wurde. Dann kann er von den Mitgesellschaftern Ersatz verlangen mit den Einschränkungen, die sich aus dem gesellschaftlichen Treueverhältnis ergeben (4). In diesem Falle handelt es sich nicht um ein Sozialrecht durch dessen Geltendmachung die Mitgesellschafter zu höheren Beiträgen verpflichtet würden. Die Haftung nach § 128 HGB steht vielmehr neben dem Verbot, nachträglich die Beiträge zu erhöhen (§705 BGB). Die Inanspruchnahme aus § 128 HGB ist eine Sonderleistung neben der Einlage. § 128 HGB gibt deshalb mangels anderer Vereinbarung einen Ausgleichsanspruch gegen die Mitgesell-

---

(1) Düringer-Hachenburg-Flechtheim,a.a.O.,§149,Anm.7; Schlegelberger-Geßler,a.a.O.,§110,Anm.10;Hueck,OHG,a.a.O., §32,V,4,S.377;RG 31,S.141;Anderer Ansicht ist das RG in Bd. 29,S.15;

(2) BGH in NJW 1962,S.1863;Schlegelberger-Geßler,a.a.O.,§128, Anm.24;Baumbach-Duden,a.a.O.,§128,Anm.7,B;Hueck,OHG,§18,III, 2,S.193;

(3) Düringer-Hachenburg-Flechtheim,a.a.O.,§149,Anm.217;Schlegelberger-Geßler,a.a.O.,§128,Anm.28;Hueck,OHG,a.a.O.,§32,V,4, S. 376;

(4) BGH 37,S.302; Hueck,OHG,a.a.O.,§18,III,2,S.194;Weipert,a. a.O.,§128,Anm.4; Schlegelberger-Geßler,a.a.O.,§128,Anm.24; Düringer-Hachenburg-Flechtheim,a.a.O.,§128,Anm.4.

schafter nach § 426 HGB. Das gegenseitige Treueverhältnis verlangt jedoch vom ausgleichsberechtigten Gesellschafter, daß dieser zunächst Befriedigung aus dem Gesellschaftsvermögen suchen muß, da das Gesellschaftsvermögen zur Begleichung der Gesellschaftsschulden bestimmt ist. Ist dies nicht möglich, so darf er von den einzelnen Mitgesellschaftern nur den jeweils von diesen nach dem geltenden Maßstab der Verlusttragung zu tragenden Anteil der Forderung unter Abzug des auf ihn entfallenden Anteils verlangen (1). Das gesellschaftliche Treueverhältnis bewirkt demnach, daß die Ausgleichung unter den Gesellschaftern nicht nach dem Prinzip der Gesamtschuld (§426 BGB) erfolgt, sondern daß die Mitgesellschafter nur anteilmäßig haften.

Durch die Liquidation wird der Anspruch auf den Ausgleich des vom Gesellschafter im Rahmen des § 128 HGB Geleisteten nicht berührt, seiner Geltendmachung sind jedoch engere Grenzen gesetzt. Da das Stadium der Abwicklung nur der Verwertung des Gesellschaftsvermögens dient und normalerweise innerhalb kurzer Zeit beendet ist, wäre es mit dem Grundsatz von Treu und Glauben nicht zu vereinbaren, wenn der Gesellschafter den Ausgleichsanspruch gegen die Mitgesellschafter geltend machen könnte, obwohl die Möglichkeit besteht, daß er nach der Auseinandersetzungsrechnung diese Beträge wieder zurückbezahlen muß. Deshalb darf er den Ausgleichsanspruch gegen die Mitgesellschafter unter den oben angeführten Voraussetzungen in der Liquidation nur dann geltend machen, wenn mit Sicherheit feststeht, daß der belangte Gesellschafter diesen Betrag im Rahmen der Auseinandersetzung an ihn bezahlen muß (2).

---

(1) Schlegelberger-Geßler,a.a.O.,§110,Anm.26; Weipert, a.a.O.,§110,Anm.23; Ritter,a.a.O.,§110,Anm.6; Hueck,OHG,§18,III,2,S.194; BGH in NJW 1962,S.1863;
(2) BGH in LM Nr. 7 zu § 138 HGB.

3. Die Rückgabe von Mietgegenständen.

Der Gesellschafter erhält mit der Auflösung der Gesellschaft den Anspruch auf Rückgabe der von ihm der Gesellschaft mietweise überlassenen Gegenstände (§732 BGB). Der Anspruch ist jedoch nur dann begründet, wenn diese Gegenstände für die ordnungsgemässe Durchführung der Liquidation nicht mehr benötigt werden. Es muß also auch bei dieser Rückforderung der Liquidationszweck und die gesellschaftliche Treuepflicht beachtet werden. Der Gesellschafter muß die Gegenstände jedoch spätestens im Zeitpunkt der Auseinandersetzung zurückerhalten, weil damit auch die Gesellschaft beendet ist. Dasselbe gilt entsprechend auch für ein Darlehen des Gesellschafters an die Gesellschaft im Rahmen des Gesellschaftsverhältnisses.

Hat der Gesellschafter einen Gegenstand an die Gesellschaft vermietet, und bekommt er diesen beschädigt zurück, so kann er nur bei verschuldeter Verschlechterung einen Ersatzanspruch geltend machen. Die Gefahr der unverschuldeten Verschlechterung und des unverschuldeten Untergangs trägt allein der vermietende Gesellschafter (1).

Es ist auch möglich, daß die Einlage eines Gesellschafters darin bestand, der Gesellschaft Gegenstände zur Nutzung zu überlassen. Dann kann er diese in dem Augenblick zurückfordern, indem sie für die Abwicklung nicht mehr benötigt werden.

Unter diese Regelung fallen aber nicht die Gegenstände, die der Gesellschafter als Beiträge zum Gesellschaftsvermögen eingebracht hat. Diese gehen vielmehr in das Eigentum der Gesellschaft über und fallen mit der Auflösung in die Liquidationsmasse. Der Gesellschafter hat keinen Anspruch auf Rückgabe seiner Einlagen in natura (2), diese werden vielmehr mit dem anderen Gesellschaftsvermögen versilbert.

---

(1) Baumbach-Duden, a.a.O., §155, Anm. 2; Hueck, OHG, §32, VII, 2, S. 381;
(2) Hueck, OHG. §32, VII. 2, S. 381.

4. Der Anspruch auf das Auseinandersetzungsguthaben.

Mit der Erstellung der Liquidationsschlußbilanz durch die Liquidatoren und Feststellung des Gesellschafteranteils realisiert sich für den einzelnen Gesellschafter die mit der Gesellschaftserrichtung entstandene, jedoch durch die Auseinandersetzung bedingte Anwartschaft am Ergebnis der Gesellschaftsauflösung. Demnach hat der Gesellschafter nach der Errichtung der Liquidationsschlußbilanz einen Anspruch auf den ihm zustehenden Teil des Liquidationserlöses (§ 155,Abs. I HGB).
Die Höhe dieses Anspruches ergibt sich nach der Vorschrift des § 155,Abs. I HGB aus dem den in der Liquidationsschlußbilanz festgestellen Kapitalanteilen entsprechenden Teil am Liquidationserlös.
Diese Vorschrift bedarf jedoch einer wichtigen Ergänzung. Wie in der werbenden Gesellschaft nach § 122 HGB muß der Gesellschafter auch bei der Verteilung des Liquidationserlöses zunächst für die Überlassung seines Kapitals an die Liquidationsgesellschaft entschädigt werden. Diese vorweggenommene Verteilung des Kapitalzinses ist erforderlich, um eine gerechte Verteilung des Liquidationserlöses zu erreichen.
Der Gesellschafter hat demnach bei der Auseinandersetzung zunächst den Anspruch auf eine vierprozentige Verzinsung seines Kapitalanteils für die Zeit der Liquidation. Dies wird auch vom überwiegenden Teil der Lehre entgegen dem Wortlaut des § 155,Abs.I HGB angenommen (1).
Die Ausgangsbasis für die Berechnung der Kapitalzinsen muß dabei das Kapitalkonto der letzten Erfolgsbilanz, nach der hier vertretenen Ansicht also das der letzten Jahresbilanz sein (2). Anderer Ansicht sind die Autoren, die die Kapitalkonten in der Liquidationseröffnungsbilanz berichtigt haben wollen.

---

(1) Düringer-Hachenburg-Flechtheim,a.a.O.,§154,Anm.11;Bierast,a.a.O.,S.34;Peters,a.a.O.,S.146;anderer Ansicht ist Schlegelberger-Geßler,a.a.O.,§155,Anm.2;
(2) Düringer-Hachenburg-Flechtheim,a,a.O.,§154,Anm.11; Wieland,a.a.O.,I,S.702,Anm.18;

Diese müssen bei der Berechnung der Kapitaldividende von der Liquidationseröffnungsbilanz ausgehen.
Daneben muß bei der Berechnung der Kapitaldividende eine eventuelle Abschlagszahlung auf das Auseinandersetzungsguthaben berücksichtigt werden, da durch sie das Kapitalkonto der Gesellschafter belastet wird.
Die Kapitaldividende wäre an sich auch während der Liquidation für jedes Geschäftsjahr an den Gesellschafter auszubezahlen. Dies wird jedoch dadurch verhindert, daß während der Liquidation alle Ansprüche der Gesellschafter im Anspruch auf das Auseinandersetzungsguthaben aufgehen (1).

Das restliche Gesellschaftsvermögen wird dann unter die Gesellschafter nach den Kapitalanteilen in der Liquidationsschlußbilanz verteilt. Der Anspruch des Gesellschafters auf den Anteil am Liquidationserlös, der sich aus seinem Kapitalkonto in der Liquidationsschlußbilanz errechnet, ist einfach zu ermitteln, wenn nur aktive Kapitalkonten vorhanden sind. Dann wird der Liquidationserlös im Verhältnis der Kapitalanteile unter die Gesellschafter verteilt.
Haben jedoch einige Gesellschafter passive Kapitalkonten, so übersteigt die Summe der Aktivkonten den vorhandenen Massebestand. Dann wird das vorhandene Vermögen auf die Gesellschafter mit aktiven Kapitalkonten verteilt. Hat ein Gesellschafter ein negatives Kapitalkonto, so erhält er nichts vom Liquidationserlös (über den Ausgleich siehe unten S. 123).
Die gesetzliche Verteilungsregelung ist jedoch abdingbar. Wenn der Gesellschaftsvertrag eine vom Gesetz abweichende Regelung für die Verteilung von Gewinn oder Verlust vorsieht, so gilt diese im Zweifel auch für die Verteilung des Liquidationsgewinnes oder -verlustes.
Denn das Ergebnis der Liquidation ist nur die Auswirkung der im werbenden Zustand der Gesellschaft getätigten

(1) Wieland, a.a.O., §62,4, S.705.

Geschäfte. Es bedarf demnach keiner besonderen Bestimmung im Gesellschaftsvertrag, um den Verteilungsmaßstab der werbenden Gesellschaft auch für den Liquidationserlös zur Anwendung kommen zu lassen. Dies gilt auch, wenn bei der ursprünglich festgelegten vertraglichen Regelung die tätige Mitarbeit eines Gesellschafters berücksichtigt wurde, der dann in der Liquidation an der Führung der Geschäfte nicht beteiligt war (1).

Den Anspruch auf Auszahlung des ihm am Liquidationserlös zustehenden Anteiles kann der Gesellschafter im Klagewege geltend machen (2). Die Geltendmachung setzt nicht voraus, daß die einzelnen Kapitalanteile der Liquidationsschlußbilanz einer solchen Klage zugrundegelegt werden, sondern der Gesellschafter kann den ihm zustehenden Anteil auch selbst berechnen (3).
Dieser Anspruch richtet sich als Sozialanspruch zunächst gegen die Gesellschaft. Er kann aber auch gegen den Gesellschafterliquidator geltend gemacht werden, da die Auseinandersetzung eine Aufgabe ist, zu der er aufgrund des Gesellschaftsverhältnisses jedem Gesellschafter verpflichtet ist. Dagegen kann der einzelne Gesellschafter den Anspruch nicht gegen die Fremdliquidatoren geltend machen, weil diese nur in einem Vertragsverhältnis zur Liquidationsgesellschaft stehen (4).
Der überwiegende Teil der Lehre (5) will dagegen dem einzelnen Gesellschafter eine Klagemöglichkeit auch gegen den Fremdliquidator geben, wenn sich dieser weigert, die verlangte Verteilung des Liquidationserlöses durchzuführen. Dies soll sich daraus ergeben, daß auch der Fremdliquidator mit der richtigen Verteilung des Liquidationserlöses eine ihm auferlegte Pflicht erfüllt, worauf der einzelne Gesellschafter ein Recht habe. Dies

---

(1) Baumbach-Duden,a.a.O.,§154,Anm.2,B;BGH 19,S.48;
(2) Heymann-Kötter,a.a.O.,§156,Anm.5;Baumbach-Duden,a.a.O., §155,Anm.1,A;
(3) Hueck,OHG,§32,VII,2,S.382;Schlegelberger-Geßler,a.a.O., §155,Anm.7;Baumbach-Duden,a.a.O.,§155,Anm.1,A;
(4) Ritter,a.a.O.,§155,Anm.2,a;
(5) Düringer-Hachenburg-Flechtheim,a.a.O.,§155,Anm.10; Schlegelberger-Geßler,a.a.O.,§155,Anm.5;Weipert,a.a.O.,

kann aber nicht richtig sein, da der einzelne Gesellschafter zu den Fremdliquidatoren nicht in vertraglichen Beziehungen steht und deshalb für eine derartige Klage keine Grundlage vorhanden ist.
Die Gesellschafter können aber von den Liquidatoren nur verlangen, daß sie den Liquidationserlös verteilen; damit ist deren Tätigkeit beendet. Der Ausgleich unter den Gesellschaftern, der nötig ist, wenn Gesellschafter mit passiven Kapitalkonten vorhanden sind, muß von den Gesellschaftern selbst vorgenommen werden. Denn dabei handelt es sich um Maßnahmen, die nicht mehr zur Abwicklung der Gesellschaft gehören, sondern zwischen den Gesellschafter in ihrer individuellen Sphäre durchgeführt werden müssen (1).
Entsteht unter den Gesellschaftern Streit über die Verteilung des Liquidationserlöses, so dürfen die Liquidatoren die Verteilung nicht vornehmen, sondern müssen den Ausgang dieses Streites abwarten (§ 155 HGB) (2). Sie können jedoch ihre Liquidatorentätigkeit dadurch beenden, daß sie den Liquidationserlös hinterlegen (§ 372, Satz 2 BGB) (3).

5. Die Beitragspflicht.

In der werbenden Gesellschaft ist die Leistung der Beiträge die wichtigste Verpflichtung der Gesellschafter. Soweit der Gesellschafter diese Beiträge bis zum Eintritt der Auflösung noch nicht geleistet hat, muß er sie normalerweise auch nicht mehr erbringen.
Die Liquidatoren können von ihm den Beitrag nur noch verlangen, wenn dieser für die Durchführung der Liquidation erforderlich ist (4). Er braucht demnach nicht zu leisten, wenn mit dieser Einlage nur werbende Geschäfte

---

(1) Schlegelberger-Geßler,a.a.O.,§155,Anm.1;
(2) Die ganze herrschende Lehre, so z.B. Hueck,OHG,§32, VII,3,S.382;Baumbach-Duden,a.a.O.,§155,Anm.1,D;
(3) Baumbach-Duden,a.a.O.,§155,Anm.1,D;
(4) Hueck,OHG,§32,II,1,S.356;Baumbach-Duden,a.a.O., § 151,Anm.2,B;Staub-Pinner,a.a.O.,§156,Anm.1;Wimpfheimer,a.a.O.,S.36; RG 4,S.67;40,S.31;45,S.155; 76,S.276;ROHG 25,S.163.

abgeschlossen werden sollen. Dies ergibt sich schon daraus, daß das Gesellschaftsvermögen - und demnach auch die Einlage -, das für die Abwicklungsgeschäfte nicht mehr erforderlich ist, nach § 155 Abs.II HGB unter die Gesellschafter verteilt werden muss.
Die Entscheidung über die Notwendigkeit der Beitragsleistung wird von den Liquidatoren als ein Akt der Geschäftsführung getroffen. Der Gesellschafter kann jedoch den Gegenbeweis antreten, daß sein Beitrag für die Durchführung der Liquidation nicht mehr erforderlich sei. Zur Beschaffung der dafür erforderlichen Unterlagen kann er jederzeit auf Grund seines Informationsrechtes Einblick in die Geschäftsbücher nehmen (1).
Neben den Liquidatoren können auch die Mitgesellschafter die Leistung der fälligen und für die Durchführung der Liquidation erforderlichen Einlage verlangen. Es handelt sich dabei um einen Sozialanspruch, der auch mit der actio pro socio eingeklagt werden kann (2).
Die Gesellschafter sind aber neben der Leistung der vereinbarten Beiträge nicht zum Einbringen einer Einlage, die über dieses Maß hinausgeht, verpflichtet (3). Es besteht für sie keine Nachschußpflicht, da sie damit zur Mitgliedschaft in der Gesellschaft zu Bedingungen, die sie nicht vereinbart haben, verpflichtet wären. Eine Nachschußpflicht kann nur von allen Gesellschaftern vereinbart werden.

6. Sonstige Ansprüche der Gesellschaft.

Alle sonstigen Ansprüche der Gesellschaft, die auf dem Gesellschaftsverhältnis beruhen, hat der Gesellschafter zu erfüllen. Zu diesen Ansprüchen gehören insbesondere

---

(1) Staub-Pinner,a.a.O.,§149,Anm.6 will keinen Gegenbeweis zulassen, jedoch anders OLG Celle in Recht 1905, S.22;
(2) Düringer-Hachenburg-Flechtheim,a.a.O.,§149,Anm.9; Schlegelberger-Geßler,a.a.O.,§149,Anm.7; RG 111,S.77;
(3) Schlegelberger-Geßler,a.a.O.,§149,Anm.7; Staub-Pinner, a.a.O.,§149,Anm.8; Müller-Erzbach,a.a.O.,Kap.45,B,I, S.222.

Schadensersatzansprüche der Gesellschaft, Zinsforderungen für Entnahmen (§ 111 HGB) und der Anspruch auf Herausgabe von den durch die Geschäftsführung erlangten Gegenständen. Bei der Geltendmachung dieser Ansprüche ist es einerlei, ob das Geld oder die Gegenstände zur Durchführung der Liquidation benötigt werden, denn es handelt sich um Ansprüche, die zum Bestand des Gesellschaftsvermögens gehören. Da alle diese Ansprüche Sozialansprüche sind, können sie neben den Liquidatoren auch von jedem einzelnen Gesellschafter geltend gemacht werden.

7. Das Konkurrenzverbot

Die Vorschrift des § 112 HGB bestimmt, für die werbende Gesellschaft, daß der Gesellschafter den Geschäftsbetrieb nicht durch geschäftliche Konkurrenz stören darf. Diese Verpflichtung ergibt sich aus der Pflicht des Gesellschafters, den Erwerbszweck zu fördern und alles zu unterlassen, was für diesen von Nachteil sein könnte.

Nachdem mit der Auflösung der Erwerbszweck der Gesellschaft weggefallen ist, besteht die Förderungspflicht mit diesem Inhalt auch nicht mehr fort. Der Gesellschafter muß jetzt vielmehr nur noch den Liquidationszweck berücksichtigen und darf die Abwicklung durch sein Verhalten nicht stören.

Deshalb muß für den Gesellschafter das Wettbewerbsverbot, wie es in der werbenden OHG galt, in Wegfall kommen. Die Anwendung des § 112 HGB wird durch § 156 HGB grundsätzlich ausgeschlossen (1).

So kann der Gesellschafter nach der Auflösung ein Konkurrenzunternehmen beginnen. Er muß nur bei seinem

---

(1) Baumbach-Duden, a.a.O., §156, Anm.2; Düringer-Hachenburg-Flechtheim, a.a.O., §156, Anm5; Düringer-Hachenburg-Geiler, a.a.O., Anm.181, S.221; Schlegelberger-Geßler, a.a.O., §149, Anm.11; Heymann-Kötter, a.a.O., §131, Anm.1; Staub-Pinner, a.a.O., §112, Anm.6.

Verhalten berücksichtigen, daß er dadurch den Ablauf der Liquidation nicht stört. Dies ist insbesondere dann denkbar, wenn nach der Auflösung der Gesellschaft der Gewerbetrieb zunächst in beschränktem Maße aufrechterhalten wird. Stört er durch sein Verhalten die Durchführung der Liquidation, so stellt dies einen Verstoß gegen die gesellschaftliche Treuepflicht (1).dar.
Zum Teil (2) wird auch ausgeführt, das Konkurrenzverbot falle ganz weg. Dies kann aber wegen der den Gesellschafter noch aus dem Gesellschaftsverhältnis treffenden Pflicht, die Abwicklung nicht zu stören, nicht der Fall sein.

B. Vom Gesellschaftsverhältnis unabhängige Rechte und Pflichten der Gesellschafter.

Der Gesellschafter kann eine Forderung gegen die Gesellschaft haben, die nicht auf dem Gesellschaftsverhältnis beruht und bei deren Geltendmachung er deshalb der Gesellschaft wie ein Dritter gegenübersteht.
Trotz dieser Stellung wie ein Außenstehender muß der Gesellschafter aber bei der Geltendmachung seiner Forderung den Liquidationszweck beachten und darf nicht gegen die gesellschaftliche Treuepflicht verstoßen. Dies folgt aus der Tatsache, daß die Mitgliedschaft auch auf die Rechtsbeziehungen des Gesellschafters zur Gesellschaft ausstrahlt, die nicht auf dem Gesellschaftsverhältnis beruhen. Der Gesellschafter kann deshalb keine Bezahlung von der Gesellschaft verlangen, wenn keine Liquidationsmasse mehr vorhanden ist. Sonst würde festgestellt, daß die Liquidationsgesellschaft zahlungsunfähig ist und es müßte der Konkurs der Gesellschaft angemeldet werden (§ 209, Abs. 2 mit § 207, Abs. 2 KO).

---

(1) Baumbach-Duden a.a.O., §156, 2. Titel; Staub-Pinner a.a.O.,§112, Anm.6; Hueck OHG §32,II,2, S.356; RG in JW 1938, S.3185; OLG Dresden in Seuff.A. 67, S.105;
(2) Düringer-Hachenburg-Flechtheim a.a.O.,§112, Anm.3; Schlegelberger-Geßler a.a.O.,§156, Anm.6.

Den Nachweis, daß kein Gesellschaftsvermögen mehr vorhanden ist, müssen allerdings die Liquidatoren führen (1). Dagegen ist der Gesellschafter nicht an der Geltendmachung seiner Forderung gehindert, wenn die Liquidationsmasse nicht zur Befriedigung aller Gesellschaftsgläubiger ausreicht (2). Würde man ihm auch für diesen Fall die Geltendmachung verwehren, wie das zum Teil verlangt wird, (3) so wäre er erheblich schlechter gestellt als der Fremdgläubiger der Gesellschaft, obwohl in diesem Fall dafür kein Grund vorhanden ist. Weil noch Gesellschaftsvermögen da ist, wird dadurch der Ablauf der Liquidation nicht gestört. Die Mitgesellschafter werden zwar dadurch schlechter gestellt, daß sie eventuell später von einem Dritten anstatt vom Gesellschafter in Anspruch genommen werden. Aber die gesellschaftliche Treuepflicht verlangt vom Gesellschafter, daß er zunächst versucht, seinen Anspruch durch ein Vorgehen gegen die Liquidationsgesellschaft zu befriedigen, bevor er die Mitgesellschafter in Anspruch nimmt.
Die Gesellschaftstreue kann von ihm auch Zurückhaltung verlangen, wenn durch sein Vorgehen die verlustbringende Verwertung von Gesellschaftsvermögen notwendig werden würde (4).
Der Gesellschafter wird an der vollen Geltendmachung seiner Forderung nicht dadurch gehindert, daß er ein passives Kapitalkonto hat, denn dieses stellt keine Forderung der Gesellschaft gegen ihn dar. Ebenso braucht er einen eventuell auf ihn entfallenden Verlustanteil sich nicht anrechnen zu lassen, da dieser erst nach der Verteilung des Liquidationserlöses in der Auseinandersetzung der Gesellschafter unter diesen Berücksichtigung finden kann.(5).

---

(1) Hueck OHG §32,V,4, S.377; Weipert a.a.O.,§149, Anm.31; Baumbach-Duden a.a.O.,§149, Anm.2F;
(2) So die h.L., z.B. Hueck OHG §32,V,4, S.377;
(3) Staub-Pinner a.a.O.,§149, Anm.14; RG 29, S.16;
(4) Schlegelberger-Geßler a.a.O.,§149, Anm.14;
(5) Düringer-Hachenburg-Geiler a.a.O.,Anm.258, S.299; Hueck OHG §21,V,2, S.237.

Daneben kann sich der Gesellschafter unter bestimmten Voraussetzungen auch an seine Mitgesellschafter halten, die mit ihm zusammen als Gesamtschuldner für seine Forderung haften. Das gesellschaftliche Treueverhältnis legt ihm jedoch bei seinem Vorgehen gegen die Mitgesellschafter Beschränkungen auf. Er muß für die Schulden der Gesellschaft zunächst das Gesellschaftsvermögen in Anspruch nehmen, bevor er an die Mitgesellschafter herantritt. Könnte er direkt gegen diese vorgehen, so wären die Mitgesellschafter auf den Regreß gegen die Gesellschaft oder gegen die übrigen Gesellschafter angewiesen. Der Treuegedanke führt hier zu einer subsidiären Haftung der Gesellschafter hinter dem Gesellschaftsvermögen (1). Liegen die Voraussetzungen dafür vor, daß der Gesellschafter seine Forderung gegen einen Mitgesellschafter geltend machen kann, so darf er die Forderung nicht in ihrem ganzen Umfang verlangen. Denn er müßte dann bei der Geltendmachung des Ausgleichsanspruches durch den Gesellschafter nach § 426 BGB den von ihm zu tragenden Anteil der Forderung dem Gesellschafter zurückerstatten. Deshalb würde die Geltendmachung der ganzen Forderung einem Mitgesellschafter gegenüber dem Grundsatz von Treu und Glauben widersprechen. Der Gesellschafter darf seine Forderung nur unter Abzug des von ihm bei einer Regreßnahme zu tragenden Teiles geltend machen (2). Dieser zu berücksichtigende Ausgleichsanspruch des Mitgesellschafters erhöht sich, wenn ein Gesellschafter zahlungsunfähig ist, um den Betrag, den er im Verhältnis der Kapitalanteile dazuhin zu tragen hat.
Tritt der Gesellschafter eine derartige Forderung ab,

---

(1) Schlegelberger-Geßler a.a.O.,§128, Anm.26; Weipert a.a.O.,§128, Anm.14; Hueck OHG §21,V,1, S.237; Lehmann a.a.O., S.210;
(2) Baumbach-Duden a.a.O.,§128, Anm.7A; Hueck OHG §21, V,1, S.237.

dann gelten diese Einschränkungen nicht mehr, da sie aus der Mitgliedschaft herrühren, also an der Person haften und nicht mit der Forderung übergehen können (1).

Für Ansprüche der Gesellschaft gegen den Gesellschafter, die nicht auf dem Gesellschaftsverhältnis beruhen, gelten die Grundsätze, die bei Rechtsgeschäften mit Dritten zur Anwendung kommen. In Ausnahmefällen kann allerdings die Gesellschafterstellung eine Abweichung verlangen. So kann der Gesellschafter wegen seiner Pflicht, die Abwicklung zu fördern, gehalten sein, eine erst später fällig werdende Schuld zu bezahlen oder die vorzeitige Kündigung eines langfristigen Vertragsverhältnisses zu dulden, um dadurch die Durchführung der Liquidation zu beschleunigen.

IV. Hauptteil:

Die Nachwirkungen des Gesellschaftsverhältnisses.

A. Die Ausgleichung unter den Gesellschaftern.

Es ist möglich, daß ein Gesellschafter in der Liquidationsschlußbilanz ein negatives Kapitalkonto hat. Dieses passive Kapitalkonto bewirkt, daß der bei der Auseinandersetzung verfügbare Massebestand geringer war, als den Gesellschaftern mit aktiven Kapitalanteilen zustand. Demnach muß ein Ausgleich unter den Gesellschaftern stattfinden, wobei der Gesellschafter mit passivem Kapitalanteil verpflichtet ist, den anderen Gesellschaftern Ausgleich zu leisten, die wegen seines negativen Kapitalanteiles nicht alles erhalten haben, was ihnen nach

---

(1) Hueck, OHG, §21, V, 2, S.238.

ihren Kapitalanteilen bei der Schlußverteilung zugestanden wäre.
Wie schon ausgeführt, vollzieht sich dieser Ausgleich unter den Gesellschaftern außerhalb der Liquidation, die Gesellschafter müssen ihn selbst durchführen (1). Eine abweichende Vereinbarung mit den Liquidatoren ist jedoch möglich (2).
Bei der Geltendmachung dieser Ausgleichsforderung muß der Gesellschafter aber beachten, daß er seine Forderung nicht gegen einen Mitgesellschafter allein geltend machen darf, wenn verschiedene Gesellschafter mit passiven Kapitalkonten vorhanden sind. Er muß vielmehr die Forderung nach dem Verhältnis der passiven Konten aufteilen und darf von einem Mitgesellschafter nur soviel verlangen, wie dieser nach dem Verhältnis der Kapitalanteile selbst zu tragen hat. Kann ein Gesellschafter dieser Verpflichtung aus seinem passiven Kapitalkonto nicht nachkommen, so haben dies alle Gesellschafter, auch die mit aktivem Kapitalkonto im Verhältnis ihrer Verlustbeteiligung zu tragen (§ 735 BGB) (3).
Sind alle Kapitalkonten passiv, so kann kein Gesellschafter von einem anderen eine Zahlung verlangen (4). Denn dann bedeutet der Passivsaldo keine Schuld gegenüber den Mitgesellschaftern, sondern hat für das Innenverhältnis nur die Bedeutung, den Umfang des Einstehens für die noch bestehenden Gesellschaftsschulden zu bestimmen (5).

B. Die Regressansprüche der Gesellschafter.

Daneben ist es möglich, daß ein Gesellschafter nach dem Erlöschen der Gesellschaft einen Gläubiger der Gesell-

---

(1) Düringer-Hachenburg-Flechtheim,a.a.O.,§155,Anm.6;
(2) RG in LZ 1914,S.1030;
(3) Hueck,OHG,§32,IX,1,b,S.385;
(4) Hueck,OHG,§32,IX,1,b,S.385; Anderer Ansicht ist Ritter, a.a.O.,§155,Anm.6;
(5) RG 40,S.29.

schaft befriedigen muß. Er haftet dem Dritten bis zum Ablauf der Verjährungsfrist des § 159 HGB unmittelbar und unbeschränkbar. Dabei spielt es für das Außenverhältnis keine Rolle, ob der Gesellschafter ein aktives oder passives Kapitalkonto in der Liquidationsschlußbilanz hat.

Hat der Gesellschafter den Gläubiger befriedigt, so kann er von seinen Mitgesellschaftern Regreß verlangen. Wenner selbst ein aktives Kapitalkonto hat,kann er von den Mitgesellschaftern mit passivem Kapitalkonto im Verhältnis der Höhe dieser Konten vollen Ersatz für seine Auslage verlangen (1). Denn die bei der Liquidationsschlußbilanz offenen Forderungen müssen von den Gesellschaftern mit passivem Kapitalkonto im Verhältnis dieser Konten getragen werden.

Daraus ergibt sich für den Gesellschafter, der selbst einen passiven Kapitalanteil hat, daß er nicht für die ganze von ihm getilgte Schuld Ersatz verlangen kann, sondern den Teil der Forderung selbst tragen muß, der sich für ihn aus dem Verhältnis seines Kapitalanteils zu den anderen passiven Konten ergibt.

Dies gilt auch, wenn die beglichene Schuld geringer ist als der passive Kapitalanteil des Gesellschafters.

Der Gesellschafter muß dann nicht auf seine Ausgleichsforderung verzichten, weil er Anspruch darauf hat, von jeder Schuld der Gesellschaft nur den auf ihn entfallenden Anteil tragen zu müssen. Dies kann dann von Bedeutuns sein, wenn eine Schuld unerwarteterweise nicht geltend gemacht wird. Müßte der Gesellschafter die Schulden bis zur Höhe seines negativen Kapitalkontos selbst tragen, ohne dabei Regreßansprüche geltend machen zu können, so müßte er dann auf Kapitalzinsen verzichten, wenn sich nachträglich herausstellt, daß eine Forderung gegen die Gesellschafter nicht mehr geltendgemacht wird.

---

(1) Düringer-Hachenburg-Flechtheim,a.a.O.,§155,Anm.13; Schlegelberger-Geßler,a.a.O.,§155,Anm.21;Hueck,OHG, § 32,IX,1,b,S.385.

Wird eine Schuld der Gesellschaft vom Gläubiger endgültig nicht mehr geltend gemacht, so verändert sich dadurch das Ergebnis der Liquidation, und eine Neuberechnung der Kapitalanteile der Gesellschafter ist erforderlich (1).

Hat ein Gesellschafter eine Forderung aus dem Gesellschaftsverhältnis gegen die Gesellschaft, die weder in der Liquidation befriedigt, noch in der Auseinandersetzungsbilanz berücksichtigt worden ist, so kann er seine Forderung unter Umständen gegen die Mitgesellschafter geltend machen.
Voraussetzung dafür ist allerdings, daß die Forderung ohne Verschulden des Gesellschafters bei der Schlußbilanz nicht berücksichtigt wurde. Hätte dies geschehen können, so wäre der Gesellschafter zur Geltendmachung bis zur Auseinandersetzung verpflichtet gewesen, da mit der Auseinandersetzung die Gesellschaftsbeziehungen so weit wie irgend möglich aufgelöst werden müssen. Der Gesellschafter kann deshalb unter diesen Voraussetzungen einen Sozialanspruch nicht mehr geltend machen, ohne gegen die gesellschaftliche Treuepflicht zu verstossen. Er hat deswegen den Anspruch verwirkt.
Anderer Ansicht ist Hueck (2), nach dem es möglich sein soll, daß die Gesellschafter auch nach der Auseinandersetzung unbeschränkt Sozialansprüche gegen die Mitgesellschafter geltend machen. Dies kann jedoch nach dem oben Ausgeführten nicht richtig sein, da die Gesellschafter verpflichtet sind, ihre Beziehungen möglichst weitgehend mit der Verteilung des Liquidationserlöses zu beenden. Ein Gesellschafter, der schuldhafterweise seine Forderung bis zu diesem Zeitpunkt nicht geltend macht, kann nachträglich keine Befriedigung von den Mitgesellschaftern verlangen.

---

(1) Hueck,OHG,§32,IX,1,b,S.385;
(2) in OHG,§32,IX,1,b,S.386.

Stellt sich nach der Auseinandersetzung heraus, daß ein Gesellschafter noch eine gesellschaftsunabhängige Forderung gegen die Gesellschaft hatte, die bis dahin unbekannt war, so muß die Schlußbilanz zunächst berichtigt werden. War es dagegegn bekannt, daß die Forderung besteht, so ist sie mit der Berechnung der Kapitalkonten der Schlußbilanz erloschen. Auf Grund der berichtigten Kapitalkonten kann dann der Gesellschafter Befriedigung von den Mitgesellschaftern verlangen. Die Mitgesellschafter haften aber dafür nicht anteilig, sondern der Gesellschafter kann von jedem, der ein negatives Kapitalkonto hat, den vollen Betrag fordern. Eine Einschränkung aus dem nachwirkenden gesellschaftlichen Treueverhältnis ist entsprechend der Regelung bei der Gesellschaft im Stadium der Liquidation gegeben (siehe oben Seite 119). Hat der Gesellschafter selbst ein negatives Kapitalkonto, so muß er entsprechend dem Verhältnis der negativen Konten einen Abzug an seiner Forderung vornehmen. Außerdem darf er die Forderung nicht gegen einen Mitgesellschafter geltend machen, der ein positives Kapitalkonto hat.

C. Die Aufbewahrungspflicht für die Geschäftsbücher.

Für die Gesellschafter besteht auf Grund der §§157 II, 44 HGB die Verpflichtung, nach der Vollbeendigung der OHG die Geschäftspapiere und -bücher der Gesellschaft weitere 10 Jahre aufzubewahren. Die Gesellschafter trifft diese Pflicht als Nachwirkung ihrer Kaufmannseigenschaft. Das Gesetz erwartet dabei, daß sich die Gesellschafter normalerweise über die Aufbewahrung einigen. Ist dies jedoch nicht der Fall, so kann jeder Gesellschafter oder Liquidator den Antrag auf Bestimmung des Verwahrers durch das zuständige Amtsgericht stellen. Diese Möglichkeit muß jeder Gesellschafter haben, um sich bei Vorliegen besonderer Umstände der Bücher entledigen zu können. Zwischen demjenigen, der die Bücher aufbewahrt, und den Gesellschaftern wird ein Verwahrungsvertrag geschlossen. Die Gesellschafter stellen für die Aufbewahrung der Bücher eine Gesellschaft nach bürgerlichem Recht dar.

Wird das ganze Unternehmen in der Liquidation verkauft, so erhält normalerweise der Erwerber die Geschäftsbücher und verpflichtet sich, diese aufzubewahren. Die Gesellschafter können von jedem Verwahrer die Geschäftsbücher auf Grund des Verwahrungsvertrages gemeinsam herausverlangen.

D. Die Fortsetzung der Liquidation.

Wenn nach dem Erlöschen der OHG noch Vermögensstücke auftauchen, die zum Gesellschaftsvermögen gehören, wird die Liquidation zur Verwertung dieser Gegenstände fortgesetzt. Da der betreffende Vermögensgegenstand den ursprünglichen Gesellschaftern noch in gesamthänderischer Verbundenheit zusteht, war die Gesellschaft in Wirklichkeit nicht erloschen und bestand unbekanntermaßen noch fort (1).
Dies bedeutet, daß die Liquidation in der gleichen Art und Weise wie vor der verfrühten Auseinandersetzung fortgesetzt wird. Deshalb sind auch noch die gleichen Personen als Liquidatoren berufen.
Nach der Verwertung der aufgetauchten Vermögensgegenstände wird die Liquidationsschlußbilanz berichtigt, und der Erlös verteilt. Ist eine längere Geschäftstätigkeit erforderlich, so muß die unrichtige Löschung der Firma im Handelsregister aufgehoben werden.
Die Liquidation wird aber nicht wiederaufgenommen, wenn ein bisher unbekannter Gläubiger eine Forderung gegen die erloschene Gesellschaft geltend macht. Dieser kann sich vielmehr zu seiner Befriedigung an jeden einzelnen der ehemaligen Gesellschafter halten.

---

(1) Hueck,OHG,§32,VIII,3,S.384; Baumbach-Duden,a.a.O., §157,Anm.1,C; RG 41,S.95; 109,S.391; 134,S.94; 155, S.44.

Schlußbetrachtung.

Aus dem Dargestellten ergibt sich, daß durch die Auflösung der OHG in erster Linie der Gesellschaftszweck geändert wird. Die Gesellschafter können auch in der Liquidation grundsätzlich alle Gesellschaftsangelegenheiten nach ihrem Willen regeln. Dies ist auch schon im ursprünglichen Gesellschaftsvertrag möglich. Die für die OHG charakteristische freie Stellung der Gesellschafter bleibt auch in der Liquidation erhalten, da die Gläubiger der Gesellschaft durch die fortbestehende direkte und unbeschränkte Haftung der Gesellschafter geschützt sind.

Der Kreis der an der Gesellschaftstätigkeit Interessierten kann erweitert sein durch den oder die Erben eines Gesellschafters, den Konkursverwalter und den kündigenden Privatgläubiger. Da durch die Auflösung und den erweiterten Kreis der Liquidationsbeteiligten das gegenseitige Vertrauen geschwunden sein kann, gibt das HGB den Gesellschaftern das Recht, an allen Rechtsgeschäften, die für die Liquidationsgesellschaft abgeschlossen werden, teilzunehmen.

Da im Liquidationsstadium der Gesellschaft keine Erwerbsgeschäfte mehr abgeschlossen werden, kann auch kein Gewinn unter die Gesellschafter verteilt werden. Der Anspruch auf Ausschüttung des laufenden Gewinnes geht wie alle Einzelansprüche der Gesellschafter in dem Anspruch auf ihr Auseinandersetzungsguthaben auf.

L e b e n s l a u f

Ich wurde am 11. April 1934 in Nürtingen geboren als vierter Sohn des Kaufmanns Ludwig Gutekunst und seiner Ehefrau Lina, geborene Sigmund. In Nürtingen besuchte ich die Grund- und Oberschule, an der ich im Frühjahr 1953 das Abitur bestand.
Nach dem Studium der Rechtswissenschaften in Tübingen, Bonn und München legte ich im Herbst 1957 das 1. juristische Staatsexamen an der Universität Tübingen ab.
Den juristischen Vorbereitungsdienst habe ich im Lande Baden-Württemberg abgeleistet und im Frühjahr 1963 die Große Juristische Staatsprüfung in Stuttgart bestanden.
Zur Zeit bin ich Geschäftsführer einer von mir im Herbst 1963 in Kohlberg, Kreis Nürtingen, gegründeten Firma.

Fotodruck Frau Elly HUTH Tübingen